

LES POUVOIRS MÉNAGERS DE LA FEMME MARIÉE

THÈSE POUR LE DOCTORAT
SOUTENUE PUBLIQUEMENT
DANS LA SALLE DES ACTES DE LA FACULTÉ DE DROIT
Le 14 Mars 1946, à 15 heures

PAR

Jacques BOUTARD

Lauréat de la Faculté de Droit de Caen

MEMBRES DU JURY :

Président : M. LEMONNIER, Doyen

Assesseurs { M. LEPARGNEUR, professeur de Droit Commercial
M. GOMBEAUX, professeur de Droit Civil.

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU & C^{ie}, Editeurs

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1947

THÈSE
POUR LE DOCTORAT EN DROIT

UNIVERSITÉ DE CAEN

FACULTE DE DROIT

Année scolaire 1945-1946

Doyen :

M. LEMONNIER (I. ㊦)

Doyen Honoraire :

M. NÉZARD (*, I. ㊦)

Assesseur :

M. YVER (A. ㊦)

Professeurs honoraires :

MM. DEGOIS (I. ㊦)

GOMBEAUX (*, I. ㊦)

Professeurs :

MM. LEMONNIER (I. ㊦), professeur de Droit civil, Législation industrielle.

LEPARGNEUR (*, I. ㊦), professeur de Droit commercial.

PERREAU (*, I. ㊦, *Médaille des Engagés volontaires*), professeur de Droit criminel.

YVER (A. ㊦), professeur d'Histoire du Droit français et d'Histoire du Droit Privé.

BERLIA, professeur de Droit constitutionnel.

VILLERS, professeur de Droit romain.

LAJUGIE, agrégé, chargé du Cours d'Economie politique.

MM. CARABIE, agrégé, chargé du Cours de Droit romain.

MORANGE, agrégé, chargé du Cours de Droit administratif.

PLAISANT, agrégé, chargé de Cours de Droit civil.

GOMBEAUX, professeur honoraire, chargé du cours de Droit civil (3^e année).

PASQUIER (✱), chargé de cours d'Economie politique.

JOLY, chargé de cours de Procédure civile et Voies d'exécution.

Secrétaire :

ROUX (✱, I. ✱, ✱, ✱), secrétaire des Facultés de l'Université de Caen.

La Faculté n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LES POUVOIRS MÉNAGERS DE LA FEMME MARIÉE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA SALLE DES ACTES DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le 14 Mars 1946, à 15 heures

PAR

Jacques BOUTARD

Lauréat de la Faculté de Droit de Caen

MEMBRES DU JURY :

Président : M. LEMONNIER, Doyen

Assesseurs } M. LEPARGNEUR, professeur de Droit Commercial
 } M. GOMBEAUX, professeur de Droit Civil.

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU & C^{ie}, Editeurs

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 43

1947



INTRODUCTION

« Vous, Lacédémoniennes, disait-on à une mère spartiate, seules parmi toutes les Grecques dans votre foyer, vous dominez les hommes ». Elle répondit : « C'est que nous, nous engendrons des hommes ».

On pourrait inscrire cette fière réponse en tête de toute étude sur la condition de la femme, telle qu'elle découle de sa mission dans la société. A femme forte, homme fort. La société repose toujours sur ce vieux principe. Et ce n'est point sur le seul plan moral qu'il faut l'entendre. Toute conception du monde, toute Weltanschauung, suppose une philosophie de la femme. De ses rapports avec la collectivité, de l'idée qu'elle se fait de soi (où qu'on lui suggère de soi) dépendent en fin de compte toutes les grandes réalités vitales et élémentaires sans lesquelles les sociétés ne peuvent exister. Une nation dont les femmes ont un sens exact de leur féminité aura bien les chances de trouver avec aisance sa signification et son expression. Une nation qui ne sait plus faire à la femme sa place légitime est secrètement menacée.

La France, après avoir traversé la plus effroyable des crises et vu disparaître ses plus solides assises ne peut échapper à cette loi universelle. Ses dirigeants l'ont bien compris, qui ont cherché à renverser cette égoïste « loi de l'homme » qui présidait, dans notre système juridique, à l'organisation des rapports conjugaux et fait entrer la femme dans la vie sociale et civique dont elle avait été jusqu'ici injustement écartée. Ils ont voulu témoigner ainsi qu'ils entendaient permettre à la femme de jouer, dans la construction de l'humanisme nouveau qu'attend confusément notre époque, le rôle qui lui revient.

Un monde s'est écroulé et un nouvel ordre s'ébauche ; les événe-

ments récents ont entraîné un vaste bouleversement des choses et amené les hommes qui veulent rebâtir à repenser toutes les notions reçues ; à travers tout ce chaos, la France cherche à poursuivre sa route vers un certain idéal, vers une vision glorieuse de l'homme qu'elle porte en elle comme une nostalgie ou une promesse. Et, comme à chaque moment de son histoire, elle tend à établir une synthèse originale, sa synthèse propre, entre les conditions nouvelles où vit l'homme et les principes éternels de la morale et de l'esprit, une synthèse entre les valeurs de culture et celles de la civilisation.

Dans cette élaboration d'un nouvel humanisme, l'influence qu'exercera la femme sera fonction de la condition morale, mais aussi juridique qui lui sera reconnue.

Personne comme l'homme et, en ce sens, égale à l'homme, promise tout comme lui à une destinée supérieure, participant à toutes les prérogatives de l'humaine personnalité, en ayant tous les droits et en partageant toutes les responsabilités, elle est cependant différente de lui, tant par sa physiologie et par sa psychologie que par sa mission d'épouse et de mère. Du double fait de cette égalité et de cette différence procède un rôle infiniment complexe, dont les contradictions font que « l'éternel féminin » demeure le plus riche et le plus obscur des thèmes de méditation.

De cette similitude comme de cette opposition le législateur doit tenir compte quand il cherche à déterminer la condition juridique de la femme et cette constatation rend sa tâche particulièrement difficile.

Le législateur français a enfin compris qu'il était temps de donner à la femme toute la place à laquelle celle-ci pouvait prétendre. Mais si l'on examine tant soit peu la réalisation dans les faits de cette œuvre de justice, on est frappé de constater que celle-ci est surtout avancée dans le domaine des droits publics, en dehors du foyer auquel cependant la femme se trouve attachée de par sa vocation. Tandis que, hier encore, la maison demeurait son royaume par excellence, en règle générale le champ clos où se dépensaient toutes ses activités, toutes les richesses de son cœur et toutes les ressources de sa nature, de nouveaux champs d'action se sont successivement offerts à elle, élargissant, presque à l'infini, les horizons

de sa pensée et de son ambition. La porte du foyer s'est largement ouverte. Elle en sort crânement et, sans le moins du monde se laisser éblouir par le grand jour de la vie publique, elle y entre de plain pied, envahissant de vastes domaines qui, jadis, lui demeuraient interdits et semblaient réservés à l'homme, cherchant résolument à forcer les portes qui lui demeurent encore fermées. Son indépendance économique est aujourd'hui complète, si elle le désire, et toutes les professions peuvent être embrassées par elle. Durant la dernière guerre, les pays occidentaux ont fait connaissance avec la femme soldat, et la magistrature — dernier vestige des privilèges de l'homme — ouvrira demain ses portes aux étudiantes de Droit. Enfin, couronnement de toute cette évolution, les femmes, armées de leurs droits politiques par le Gouvernement Provisoire de la République française, sont désormais armées pour la défense de tous leurs autres droits et pour l'accentuation de l'amélioration de leur sort.

D'une telle évolution dans la condition juridique de la femme en matière de droits publics, on ne peut que se féliciter et il est juste d'applaudir à celles de ces formes de l'émancipation féminine qui répondent à d'inéluctables nécessités ou que justifie une conception plus claire et plus nette de la véritable nature et de la vraie destinée de la femme.

Peut-être pourrait-on seulement regretter que, pour avoir trop tardé, cette réforme se fasse un peu au hasard, sans tenir compte de la mission particulière de la femme dans la société, de son rôle de « ménagère sociale », ainsi qu'on l'a si judicieusement défini (1). Cette absence de cadre préalablement établi dans lequel viendraient tout naturellement se fondre les droits publics de la femme provient d'ailleurs de ce que l'on a paru oublier que les réformes les plus importantes relatives à celle-ci doivent être du domaine du droit privé et qu'avant de vouloir lui donner la part qui lui revient dans la vie publique, il faudrait déjà lui reconnaître par rapport à l'homme et dans la famille la situation que réclame sa personnalité. C'est qu'en effet la femme accomplit sa destinée par la famille et dans la famille. Si la femme remplit sa

(1) Nous pensons qu'il serait utile d'examiner l'organisation des droits de la femme dans la société à la lumière du rôle particulier qu'elle doit y remplir comme nous allons essayer de déterminer ses droits dans la famille d'après sa mission d'épouse et de mère.

vocation en servant la famille, c'est aussi dans ce service — à condition, certes, que ses prérogatives de personne lui soient intégrale-ment reconnues — qu'elle réussit le mieux à développer merveil-leusement sa personnalité de femme. Si la femme est appelée au service de la famille (1), on peut dire aussi, et avec non moins de raison, que la famille est faite pour la femme: pour lui permettre d'atteindre sa fin personnelle. La sagesse des siècles proclame la vocation familiale de la femme. C'est en servant la famille qu'elle sert le mieux l'Etat.

En ce sens, définir la femme et élaborer son statut juridique, c'est de toute nécessité faire entrer en ligne de compte la famille, puisque c'est principalement par le service de celle-ci que la femme remplit sa tâche sociale. Les droits nouveaux qu'elle revendique et qu'on réclame pour elle, doivent l'aider à remplir les trois fonctions toujours solidaires d'épouse, de mère et de ménagère. C'est dans l'exercice de ces fonctions que la femme doit d'abord — du point de vue raisonnable — se voir reconnaître les droits qui découlent de sa nature propre. Il n'est pas possible de concevoir que la femme puisse avoir la condition juridique qu'exigent sa personnalité et sa vocation tant que, dans le ménage, elle n'aura pas les droits conformes à son rôle de compagne et de collaboratrice de l'homme.

Si, dans cet esprit, on recherche le domaine qui sollicite le plus naturellement le développement des facultés de la femme, celui de son activité ménagère apparaît comme primordial. Là, en effet, les traditions et les mœurs ont placé le champ d'activité essentielle de la femme mariée. Tandis que le mari vaque aux tâches extérieures et assure par son travail l'existence matérielle de la famille, la femme, restée au foyer, emploie gains et revenus à l'entretien de la famille, organise la vie intérieure du ménage et, pour reprendre l'expression de nos anciens auteurs (2), « ordonne dans le domestique ».

Nos aïeux avaient saisi toute l'importance du rôle ménager de la

(1) Il serait inexact, à notre avis, de prétendre que la femme est faite pour la famille, en ce sens qu'elle n'aurait pour raison d'être que de procréer et d'élever des enfants. Au contraire, la famille est faite pour elle, comme elle est faite pour l'homme, toute institution humaine fonctionnant au bénéfice de la personne qui seule est une valeur absolue et définitive.

(2) Raviot, *Observations sur Périer*, Quest. 249, n° 8 (cité par Guyot, *Rép. de Jurisprudence*, v° Autorisation, section VII, n° 7).

femme et ils en étaient arrivés à prendre le mot « ménagère » dans le même sens que celui d' « épouse » (1).

L'importance de ce rôle étant ainsi reconnue par tous, c'est dans cette mission ménagère de la femme avant tout que, nous semble-t-il, le libre développement de sa personnalité juridique doit être assuré. Et c'est pour cette raison que nous avons songé à faire une étude complète de cette question.

Nous nous sommes trouvés bien vite devant l'ouvrage remarquable de M. Binet : « La femme dans le ménage », écrit en 1904, dans lequel l'auteur, après avoir longuement examiné les lacunes du droit français sur ce point et porté son attention sur les législations allemande et suisse, a proposé des solutions très précises et très approfondies pour corriger cette erreur initiale qui, dans le ménage, mettait la femme en état d'infériorité vis-à-vis de son compagnon, qui faisait d'elle une mineure, par conséquent une sous-personne alors que le fondement du droit est, précisément, dans cette valeur entière de la personne.

Qu'une réforme fût alors souhaitable, cela résultait clairement des moyens techniques, des théories juridiques auxquels le droit français devait recourir pour expliquer l'activité ménagère de la femme mariée, non seulement ignorée des textes légaux, mais même contredite par ceux-ci.

Le Code Civil de 1804 posait, en effet, deux principes opposés à la reconnaissance de toute activité propre de la femme, même en matière ménagère. C'était, d'une part, le dogme de l'incapacité de la femme mariée et, d'autre part, le principe de la direction économique unique du mari dans la société conjugale.

Par application du premier, la femme, en principe, ne pouvait faire seule aucun acte juridique. Telle une mineure, elle était sous la tutelle de son mari : « l'éternelle mineure » a-t-on dit. Pour contracter, pour s'obliger, aliéner ou acquérir, il lui fallait l'autorisation de son mari. Or, ce sont précisément à de tels actes que la

(1) Cf. Marcel Prévost, *Lettre à Françoise*, p. 173 : « Votre génération, dit-il, à la jeune fille moderne, conquerra, sans doute, de notables avantages sur l'exclusivisme des hommes ; mais à l'âge où vous serez épouse, mère, maîtresse de maison, c'est-à-dire dans un petit nombre d'années, il est certain que l'organisation et la conduite d'un ménage français bien ordonnées seront encore dévolues à la femme. Il faudra donc que celle-ci soit « ménagère » comme disaient nos aïeux, qui avaient fini par prendre ce mot dans le même sens du mot « épouse ».

femme doit recourir dans l'exercice de son activité domestique : achat de nourriture, de vêtements, vente d'objets usagés, contrats avec serviteurs et maîtres. Il apparaissait donc que la femme ne pouvait effectuer ces mille actes de la vie quotidienne sans recourir, pour chaque opération à l'autorisation de son mari (1). C'était, en fait, rendre tout son ministère inutile. A l'incapacité de la femme, s'opposait la toute puissance maritale de son époux qui enlevait à la femme toute personnalité juridique pour ne pas aller jusqu'à prétendre qu'elle lui déniait tout droit à la personnalité. « Le mari doit protection à la femme », portait l'article 213 ; protection du fort au faible de la vieille conception germanique. La femme, être faible, sans expérience, inapte à diriger ses propres affaires, à plus forte raison les affaires communes, devait recourir à un tuteur à qui elle devait se soumettre et obéir. Le mari n'était pas seulement le plus fort et le plus expérimenté, mais il était, par nature et par tradition, le « seigneur et maître » à qui seul était reconnue la puissance de commandement et de décision à l'intérieur du groupe, le droit exclusif de le représenter, à l'extérieur, vis-à-vis des tiers.

Et ainsi apparaissait le second principe qui, à supposer même que la femme ait vu son incapacité disparaître, l'aurait empêchée de pouvoir faire preuve d'une activité propre. C'est celui qui emportait unité de direction économique du ménage (2). Le mari était le chef du ménage. La direction pécuniaire du foyer lui appartenait en propre et tout entière. Entre ses mains venaient se concentrer les revenus nécessaires à la vie de la famille dont il avait la libre et entière disposition. Sous notre régime de communauté, aujourd'hui encore, il gère seul les biens communs et, sauf l'effet indirect de son hypothèque légale, la femme ne peut intervenir dans cette gestion, ni la critiquer, alors même que le mari dissiperait le patrimoine commun au profit d'une concubine.

En un mot, pour toutes les affaires communes, le mari avait seul le pouvoir de décision et seul il pouvait représenter juridiquement le ménage. D'où il suit que la femme même capable de passer des actes juridiques, aurait été matériellement dans l'impossibilité de les accomplir, puisqu'elle ne pouvait engager quelque crédit, ni offrir le moindre denier liquide du ménage.

(1) Art. 217 du C. civ.

(2) Art. 1388 du C. civ.

Certes, la réalité étant plus puissante que tous les textes légaux, le mari ne pouvant assurer le fonctionnement interne de la maison et passer quotidiennement des contrats pour permettre la marche du foyer, toute femme mariée engageait des dépenses chez les fournisseurs et effectuait des opérations juridiques pour l'entretien des enfants et les besoins du ménage. Et ce n'était point là un des moindres exemples de l'antimonie apparente, si souvent signalée chez nous, entre le fait et le droit (1).

Devant ce silence de la loi, la Jurisprudence avait dû organiser cette activité indépendante de l'épouse et s'ingénier à découvrir les moyens juridiques aptes à concilier l'état de choses existant avec la lettre contraire du Code. Ce fut la raison d'être de la fameuse théorie dite du « mandat tacite ». Au moyen d'une fiction habile, la femme allait être censée accomplir les actes de la vie courante, comme déléguée de son mari par l'effet d'une sorte de mandat tacite qu'impliquerait normalement toute vie conjugale. Simple mandataire de son mari, la femme oblige celui-ci, sans s'obliger elle-même ; situation juridique assez voisine de celle de la domestique ou du petit enfant que le mari enverrait faire des achats chez l'épicier ou chez le boulanger.

« Dans le fait, c'est la femme qui a agi, mais aux yeux du droit, le mari, seul, a contracté : les principes sont saufs » (2).

Mais ce faisant, on sacrifiait toute la personnalité de la femme, puisque, ce qui devrait être pour elle prérogative essentielle et nécessaire reposait sur une concession du mari et dépendait de son bon vouloir. Alors que la mission domestique de la femme est un phénomène général fondé sur ses aptitudes naturelles et l'harmonieuse répartition des tâches dans la société conjugale, elle se trouvait ainsi, à la merci de l'arbitraire du mari et de ses variations de conduite.

La perfection du travail de M. Binet semblait, à première vue, décourager tout examen nouveau du problème. Mais renoncer à notre projet aurait été oublier que plus de quarante ans se sont écoulés depuis, marqués par d'incessants efforts de la Jurispru-

(1) Aftalion, *La femme mariée*, Paris, 1889.

(2) Binet, *La femme dans le ménage*, p. 9.

dence, de la doctrine, du législateur pour améliorer la situation juridique de la femme.

D'une part, en effet, la Jurisprudence française (il nous faudra l'examiner en détail), a fait, durant tout ce laps de temps, de constants efforts pour remédier aux vices inhérents à la théorie du mandat tacite, cherchant à paralyser les effets fâcheux de l'origine contractuelle du droit domestique de l'épouse, et à restreindre les causes d'instabilité qui pouvaient l'anéantir.

D'autre part, et parallèlement, la doctrine donnait à ce problème une orientation plus vaste. Tandis que certains auteurs se bornaient à rechercher les retouches à apporter à la théorie du mandat tacite, d'autres plus novateurs, proposaient des solutions plus radicales, que ce soit dans la voie de la reconnaissance à la femme d'un mandat légal, c'est-à-dire d'un pouvoir de représentation attribué impérativement par l'autorité sociale à la femme dans son activité ménagère, ou même dans celle d'un pouvoir propre, la femme ayant directement le pouvoir d'engager les biens du ménage sans avoir besoin d'emprunter la personnalité juridique de son mari.

Etudier tout ce mouvement d'émancipation est l'un des plus puissants intérêts d'une étude consacrée aux pouvoirs ménagers de la femme mariée. Il importera d'exposer tout cet effort jurisprudentiel et doctrinal qui montrera que, dans un monde en perpétuelle évolution, le droit a assez de ressources pour se modifier et s'adapter aux nouvelles situations, à condition que les hommes sachent abandonner les fictions dépassées par les faits et trouver les solutions, à la fois neuves et conformes aux traditions que réclament les modifications des conditions de vie, tant économiques que sociales ou morales.

Il est certain que, depuis 1804, les conceptions en vigueur sur le rôle et la place à reconnaître à la femme se sont trouvées très profondément modifiées : le Code de 1804, conforme à la pensée du moment ne répond plus du tout aux exigences actuelles.

Ces efforts en vue d'améliorer la condition de la femme mariée dans l'exercice de ses pouvoirs ménagers devaient être facilités et, dans une certaine mesure, couronnés de succès par les réformes importantes réalisées par les lois des 18 février 1938 et 22 septembre 1942,

Par la première, en effet, était proclamé le principe de la capacité complète de la femme mariée ; le mari se voyait retirer son autorité maritale, mais reconnaître sa fonction de chef de famille. Il est à peine besoin de redire, après tant d'autres, combien ces modifications profondes de principe n'ont pas entraîné grand changement dans la situation de fait des femmes mariées. Il ne suffit pas de donner à la femme mariée une capacité juridique, c'est-à-dire l'aptitude à accomplir des actes juridiques, judiciaires ou extrajudiciaires ; il faut, pour que cette capacité ait un sens pratique, qu'elle puisse s'exercer sur une masse de biens, c'est-à-dire qu'elle s'accompagne de pouvoir (1). Or, le mari aux termes de la loi de 1938, conservait l'ensemble de ses anciens pouvoirs d'administration sur les biens communs. Les pouvoirs du mari sur les biens personnels de la femme demeuraient très étendus. Et puisqu'une capacité sans pouvoir n'aboutit qu'à procurer un avantage théorique, une amélioration de principe, puisque le législateur de 1938 n'a pas augmenté les pouvoirs de la femme, il est permis de se demander si la loi du 18 février 1938, dont c'est là l'aspect principal, a réellement apporté un changement appréciable dans la condition de la femme mariée ou si, plutôt, elle n'a constitué qu'« une réforme de portée surtout sentimentale » (2).

Plus spécialement, en ce qui touche les pouvoirs ménagers de la femme mariée, il est facile de déduire des constatations précédentes, que cette loi, en abrogeant l'incapacité de la femme mariée, a certes levé l'un des obstacles qui s'opposait à la reconnaissance d'une activité propre de la femme. Il n'est plus, dès lors, nécessaire de faire intervenir l'idée de mandat tacite, pour permettre à la femme d'agir librement ; puisqu'elle a désormais une capacité personnelle, il semble qu'il devienne inutile de lui reconnaître une capacité d'emprunt comme l'est, en somme, celle du mandataire. Mais, si l'on avait abandonné, après la loi de 1938, la théorie du mandat tacite, la femme, capable de faire seule les actes ménagers, les aurait passés en son nom personnel, et elle n'aurait eu alors aucun pouvoir pour engager les biens communs et les biens personnels du mari. Or, il ne suffit pas que la femme puisse faire

(1) Voir sur cette distinction essentielle l'entre capacité et pouvoir : René Nillus, *Capacité et pouvoirs de la femme mariée*, thèse Paris, 1937 ; et Planiol et Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, T. 1, n° 1611, p. 537 et s.

(2) Voir Esmein, *Gaz. Pal.* du 7 mars 1938.

les actes de la vie domestique ; il faut que, par ces actes, elle engage le mari et, le cas échéant, la communauté sur lesquels le droit français fait peser traditionnellement la charge de l'entretien de l'épouse et du ménage. Or, du fait que l'unité de direction économique du ménage demeurait, l'activité indépendante de la femme mariée, en matière domestique, restait juridiquement impossible et l'épouse, après la loi de 1938, devait continuer à emprunter la personnalité juridique de son mari.

Ce n'est pas à dire pourtant que cette loi n'ait eu aucune influence sur l'organisation des pouvoirs ménagers de la femme mariée, nous le verrons, mais il est certain qu'elle n'a pas modifié le fondement de ces pouvoirs qui détermine la personnalité juridique de la femme.

La loi du 22 septembre 1942 (1) apparaît comme un complément de celle du 18 février 1938 et comme une mise au point de la réforme opérée dans un sens plus communautaire, la femme devenant, dans une mesure encore faible, mais certaine, une véritable associée du mari. Cette loi reprend, dans son ensemble, la double question de l'aménagement des régimes matrimoniaux d'une part, des rapports personnels et de la capacité de la femme de l'autre. On peut même penser que, dans l'esprit de ses rédacteurs, l'essentiel de la loi nouvelle consiste, comme l'indique son titre même (2), dans la mise au point des effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux, c'est-à-dire dans la modification du Chapitre VI du titre V du livre I du Code Civil (art. 212 et s.), celui-là même qu'avait principalement affecté la réforme de 1938. Cependant il faut préciser que, si la loi reprend la plupart des textes remaniés par la loi de 1938 et en donne une rédaction nouvelle, elle conserve tout l'essentiel des réformes précédentes, les innovations consistant presque toujours, dans une extension des principes posés précédemment (3).

Cette réforme de 1942 doit prendre, dans l'étude des pouvoirs ménagers de la femme mariée, une importance toute particulière, du fait que, pour la première fois, l'activité domestique de l'épouse se trouve consacrée législativement. Faisant sienne toute la construc-

(1) J. O. 3 novembre 1942. Voir aussi J. C. P. 1942, III, 6626. Cette loi a été validée par l'ordonnance du 9 octobre 1945.

(2) Loi sur les effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux.

(3) Voir Julliot de la Morandière, *La loi du 22 septembre 1942 sur les effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux*, *Sem. Jur.* 1943, I, p. 304, n° 5.

tion jurisprudentielle, établie à partir de la théorie du mandat tacite, la loi de 1942 énonce, dans la nouvelle rédaction de l'article 220 du Code Civil : « La femme mariée a, sous tous les régimes, le pouvoir de représenter le mari pour les besoins du ménage et d'employer, pour cet objet, les fonds qu'il laisse entre ses mains. » Le texte utilise donc le procédé de la représentation légale pour valider les actes de la femme et son activité domestique. Il consacre la théorie proposée par les auteurs partisans d'un mandat légal et condamne, par le fait même, ceux qui estimaient pouvoir conclure de l'existence de certains textes du Code, à la reconnaissance d'un véritable pouvoir propre au profit de la femme.

On ne peut contester qu'un pas important ait été ainsi franchi dans la reconnaissance par la loi de l'activité domestique de l'épouse et que certaines solutions, depuis longtemps acquises par la Jurisprudence, au mépris de l'application exacte de certains principes juridiques, aient été sanctionnées par la loi.

Mais il n'empêche que, dans l'état actuel des choses, la femme, sans avoir besoin désormais de l'accord de volonté de son mari pour exercer sa magistrature domestique, doit encore emprunter la personnalité juridique de ce dernier. Nous aurons à examiner si cette solution, expressément prévue par le législateur de 1942, était indispensable pour permettre à la femme d'engager, par ses actes domestiques, et la communauté et le mari. Dans ces conditions, il nous faudra nous demander si la nouvelle étape franchie par la loi de 1942 est suffisante pour respecter les droits de la personnalité de la femme ou si ceux-ci ne réclament pas la reconnaissance au profit de cette dernière d'un pouvoir ménager propre, grâce auquel elle pourrait directement engager les biens du mari et les biens communs sous les régimes de communauté, sans recourir à l'intermédiaire nécessaire du mari.

Exposer toute la construction juridique qui s'est faite sur le problème des pouvoirs ménagers de la femme mariée, rechercher si l'état de choses actuel est satisfaisant ou si, plutôt, une réforme doit être envisagée, tel est le double but que nous nous proposons de poursuivre dans cette étude. Mais il reste à indiquer la méthode que nous entendons suivre pour l'atteindre. Elle s'est imposée à notre

esprit à la lecture tant des arrêts de jurisprudence que des études doctrinales qui touchent à cette question.

En effet, si l'on examine, fût-ce superficiellement, l'évolution de la condition juridique de la femme dans ses pouvoirs ménagers, on est frappé par les tâlonnements et les hésitations qui n'ont cessé de se faire jour en la matière. C'est qu'en vérité les motifs qui ont inspiré les réformes ont été plus ou moins dépendants de nécessités immédiates, telle que la volonté de protéger toujours davantage les tiers contractant avec la femme pour les besoins du ménage. De plus, on peut regretter que les juristes aient, peut-être, trop cherché à faire cadrer plus ou moins imparfaitement la réalité des faits avec les textes du code, ayant la volonté de modifier ceux-ci le moins possible, quitte à déformer les principes supérieurs qui devaient être sauvegardés. On aurait aimé que ce soit la conception philosophique des droits de l'épouse et de sa condition qui ait présidé aux transformations de la pratique. Suivant pas à pas le mouvement des idées du siècle, en pleine évolution en ce qui concerne la place à faire à la femme dans la société, la pratique aurait essayé de mettre les règles juridiques en harmonie avec les changements qui se faisaient dans nos aspirations et nos besoins. L'évolution accomplie dans les pensées ou dans les conditions économiques se serait répercutée sur le développement coutumier du droit. Sous la pression des circonstances ambiantes, les vieux principes, sans être abrogés, n'auraient plus été appliqués et une situation de fait se serait formée qui se serait accordée mieux avec les tendances contemporaines. Seulement, une telle généralisation, fort séduisante sans doute, n'est pas conforme à la réalité. Si une telle évolution est produite pour le droit matrimonial conventionnel qui résulte du contrat de mariage, l'influence des idées modernes paraît être restée étrangère, en grande partie, aux modifications accomplies sur les autres points de la législation matrimoniale.

Dans notre domaine, où la femme devait à la Jurisprudence, jusqu'à 1942, de remplir sa fonction de maîtresse de maison avec des pouvoirs plus étendus que ceux d'un simple mandataire, on se tromperait fort cependant en prêtant aux juges une volonté formelle de corriger les principes du Code et de rehausser, en cette matière, la condition de la femme mariée. Les litiges que les tribunaux ont eus à trancher sur ce sujet, mettaient d'ordinaire aux prises le mari

et les fournisseurs de l'épouse, non pas l'épouse elle-même. Ce sont les intérêts des fournisseurs, par suite, que, pour des raisons d'humanité, les magistrats protégèrent parfois ; ce ne pouvait être ceux de l'épouse. Celle-ci a bénéficié d'une confusion entre les règles du mandat tacite et celles de l'obligation de secours, d'entretien qui incombe au mari à son égard. Elle a aussi tiré profit de certaines circonstances de fait, de l'impossibilité où se trouve le mari de prévenir indistinctement tous les fournisseurs de la révocation du mandat tacitement accordé à la femme. C'est presque inconsciemment que la Jurisprudence a reconnu à la femme des droits que le Code ne lui accordait pas.

Les changements de nos manières de penser et les changements dans le droit matrimonial se sont accomplis dans le même sens, mais sans aucun lien de causalité réciproque. Les transformations juridiques n'ont pas, dans l'ensemble, obéi à des impulsions venues du dehors. Elles ont été le résultat de certaines nécessités de fait ou de fonctionnement.

Les conséquences d'un tel état de choses, particulièrement dans notre domaine, sont extrêmement graves. Sans compter que le droit ainsi coupé de la vie risque de perdre de sa considération dans beaucoup d'esprits, il est à craindre qu'en se laissant entraîner par de telles méthodes, la législation française aboutisse à des solutions éparses, sans lien de continuité, parfois même contradictoires.

Pour toutes ces raisons, nous pensons qu'il est temps d'aborder le problème juridique des pouvoirs ménagers de la femme mariée dans un esprit nouveau qui conduira à reposer tout le problème et à le résoudre d'une façon logique, conforme aux conceptions actuellement en vigueur sur la femme et sa mission dans la société. L'heure est passée, nous semble-t-il, où l'on pouvait chercher à chaque nouvelle difficulté qui se présentait, une solution plus ou moins exacte, mais acceptable du moment qu'elle ne heurtait pas de front les principes juridiques du Code civil et qu'elle protégeait les intérêts en présence. Il faut avoir aujourd'hui le courage de reprendre le problème dans son ensemble, c'est-à-dire à partir des réalités de la vie, des conceptions de notre société sur la femme et l'organisation de la famille, pour en dégager les solutions juridiques qui y sont conformes. Un tel examen pourra aboutir à rendre nécessaire quelques réformes de notre code (peut-être moins

sérieuses qu'on ne pourrait le croire). Mais outre que ces modifications pourront rendre plus facile la solution des difficultés qui, dans ce domaine, ont successivement retenu l'attention de la Jurisprudence et de la Doctrine, le moment nous semble particulièrement favorable à un tel examen des réformes souhaitables.

La loi du 22 septembre 1942 n'a fait, en effet, qu'amorcer la réforme profonde des régimes matrimoniaux, dont il est si souvent question (1) depuis le projet de loi René Renoult de 1932 (2). Estimant que l'heure était mal choisie pour transformer notre régime matrimonial de droit commun, le Conseil d'Etat a réservé pour un examen ultérieur ce délicat problème et, prenant nos régimes matrimoniaux dans leur contexture actuelle, il a simplement cherché à opérer les modifications que paraissait comporter la reconnaissance de la capacité civile de la femme mariée ou que semblaient imposer certaines nécessités actuelles, telle que l'éloignement de nombreux chefs de famille du fait des circonstances de guerre.

Ainsi la loi de 1942 apparaît, sinon comme provisoire, du moins comme volontairement limitée dans sa portée et comme préparant ou présageant une réforme future plus ample. En bref, la loi du 22 septembre 1942 avec plus d'ampleur sans doute que celle du 18 février 1938, mais avec une prudence égale, a marqué un pas de plus vers l'élaboration d'un statut des rapports des époux, fondés pour le plus grand bien de la famille, sur l'égalité et la collaboration du mari et de la femme. Dans cette construction, les pouvoirs ménagers de la femme mariée occupent une place importante. Notre but est de travailler à l'édification des rapports qui existeront demain entre mari et femme et qui devront traduire, sur le plan juridique, les conceptions actuelles sur le rôle de la femme et les droits qui doivent lui être reconnus.

Nous estimons donc qu'une étude complète des pouvoirs ménagers de la femme mariée doit, à l'heure présente, se faire à partir

(1) Sur ces discussions, voir Ancel, *Traité de la capacité de la femme mariée* d'après la loi du 18 février 1938, n° 21 et s. Adde le rapport de M. Jousset, à la Soc. d'ét. légis., *Bulletin de la Société* 1939, pp. 89 et s. Cf. Ripert et Boulanger, *Traité élém. de dr. civ.*, de Planiol, T. I, n° 1812 et 1831.

(2) Projet portant modification des textes du Code civil relatifs à la capacité de la femme mariée et aux régimes matrimoniaux, déposé au nom du Gouvernement par M. René Renoult, Garde des Sceaux. J. O., Doc. Parl., Sénat 1932, annexe n° 594, p. 947 et s.

des quelques principes supérieurs qui déterminent la condition de la femme dans le ménage.

Le premier de ces principes essentiels que doit respecter l'organisation de l'activité ménagère de l'épouse, nous paraît être celui de la personnalité de la femme, égale à celle de l'homme mais s'exerçant dans des domaines différents. La dignité de la femme exige que lui soit assuré un statut équivalent à celui de l'homme. Alors que dans la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789, l'homme devrait être compris au sens vir et non de homo, la question des droits de la femme n'y étant même pas posée, la conscience française actuelle veut, sans nul doute, que les principes de la vie française future englobent dans un égal souci de respect de leur dignité l'homme et la femme (1). Une première partie de cette étude sera consacrée à rechercher les conséquences qu'entraîne sur le plan juridique le respect de cette personnalité de l'épouse.

Mais cette personnalité de la femme s'encadre et s'épanouit dans la société conjugale qui semblable à toute société, a besoin d'un chef. Au principe de l'autorité maritale a succédé pour le mari la fonction de chef de famille. C'est qu'en effet, le féminisme doit en prendre son parti : l'affirmation grandissante de la personnalité féminine n'ira jamais jusqu'à l'établissement d'une complète égalité et de l'absolue indépendance qui seraient contraires aux postulats primordiaux de la famille et rendraient même impossible toute cellule durable et féconde ; toujours les exigences de la continuité et de l'unité familiale imposeront une certaine magistrature domestique. Toujours, par suite, notre droit demandera à la femme une certaine subordination et, disons le mot, certains sacrifices. Il nous faudra, dans une seconde partie, dégager les exigences de cette autorité dans le ménage et établir comment les pouvoirs ménagers reconnus, dans la première partie, à la femme, en vertu de sa condition de personne humaine, pourront se concilier avec la présence du chef de famille. Il existe deux façons de compromettre

(1) Nombreux sont actuellement ceux qui estiment que la nouvelle constitution française devrait être précédée d'une nouvelle déclaration des droits des personnes. Il est intéressant de signaler dans ce sens le projet de déclaration dressé par M. Emmanuel Mounier dans la revue *Esprit*, n° du 1^{er} mai 1945, après une enquête sérieuse, et qui contient un article 25 relatif à la femme, ainsi conçu : « La femme ne peut être traitée d'aucune façon en personne mineure. La loi lui garantit un statut de dignité équivalent à celui de l'homme dans sa vie publique et sa vie privée. La capacité civile de la femme mariée peut être modifiée par les régimes matrimoniaux dans la mesure nécessaire à l'administration des biens propres et communs »

aujourd'hui la mission permanente et naturelle de la femme : celle d'un traditionalisme myope, qui omet de définir les conditions actuelles de son accomplissement, et celle d'un féminisme intempérant, qui en méconnaît l'essence et l'irréductible singularité. Il ne faut pas que la famille en définitive fasse les frais de cette prétendue libération de la femme, comme au foyer ne doit pas être sacrifiée l'épouse. Nous essayerons précisément de trouver les règles juridiques qui assureront le passage entre les deux erreurs, qui permettront de concilier les droits de l'une et les intérêts légitimes de l'autre.

L'exercice par la femme de ses pouvoirs ménagers va entraîner des dettes qu'il faudra régler. Le problème se pose donc de savoir enfin qui devra y faire face et quels sont les biens qui formeront le gage des créanciers du ménage. Il est évident que les principes que nous aurons posés précédemment auront ici leurs répercussions. La reconnaissance de droits étendus à la femme n'ira pas, en effet, sans la charger de responsabilités correspondantes. Or, toute une partie de la doctrine a jusqu'ici entendu priver la femme de tout droit dans la société conjugale sous le prétexte de la mettre à l'abri de poursuites et de risques possibles. Pour nous, il s'agit seulement de savoir si l'on préfère donner à la femme la condition qui lui revient, fût-ce au prix de quelque responsabilité, ou la réduire à l'impuissance même dans le souci de la protéger. Nous préférons la conclusion de Binet : « La formule générale des légitimes aspirations de la femme moderne doit être une pleine possession de ses droits, engendrant une entière responsabilité » (1). Nous essayerons de fixer une correspondance exacte entre les droits de la femme et ses responsabilités, compte tenu des règles des régimes matrimoniaux. Il ne faut jamais perdre de vue, en effet, que cette question vient s'encadrer dans l'ensemble des relations personnelles et pécuniaires entre les époux et nous devons rechercher si les solutions que nous nous permettrons de proposer sont compatibles avec les régimes matrimoniaux tels qu'ils se trouvent actuellement organisés ou si elles réclament des modifications dans ce domaine. Les droits de la femme et le règlement des dettes de ménage, tel sera l'objet de notre troisième partie.

(1) Binet, op. cit., p. 336.

Si nous voulons résoudre le problème de l'organisation des pouvoirs ménagers de l'épouse d'après les principes supérieurs que nous avons indiqués, nous ne méconnaissons pas pour cela toute l'importance des solutions dégagées jusqu'alors et nous voulons essayer de tracer un nouveau sillon dans le cadre de l'évolution historique du droit français. C'est pourquoi nous entendons, dans chacune de nos parties, après avoir exposé le principe qui nous guidera, examiner les solutions qui sont admises présentement afin de déterminer avec exactitude celles les plus nombreuses qui doivent être maintenues et celles qui nous sembleraient devoir être modifiées. Ainsi les réformes que nous pourrions être amenés à souhaiter viendront tout naturellement s'intégrer dans le droit existant.

Pour éclairer tout cet ensemble, nous entendons recourir aux données de certaines législations étrangères, en particulier de celles qui s'inspirent le plus largement des tendances modernes et des justes revendications d'un féminisme éclairé, nous voulons parler du Code Civil allemand de 1896 et du Code Civil suisse de 1907.

Le premier, consacrant d'ailleurs une tradition antérieure des pays germaniques, a accordé à la femme mariée ce qu'on appelle, outre-Rhin, le pouvoir des clés, « die Schlüsselgewalt », qui s'analyse dans le droit pour la femme mariée, inscrit dans la loi et indépendant de toute concession maritale, de passer librement, au nom du mari, les actes ménagers. C'est, en somme, la consécration avec cinquante ans d'avance sur le Code français, de la théorie du mandat légal accueillie chez nous par la loi du 22 septembre 1942.

Quant au Code Civil Suisse de 1907, allant encore plus loin dans la voie de l'émancipation féminine, non seulement il fait du pouvoir domestique de l'épouse une prérogative légale, mais il déclare que la femme, dans son activité ménagère, n'agit pas comme représentante du mari, mais directement, en qualité de membre de la société des époux ; elle représente « l'union conjugale ». On saisit facilement tout l'intérêt d'une étude du droit suisse.

L'évolution du droit français, les solutions du droit comparé seront, pour nous, d'utiles données dans la construction de la condition juridique de la femme dans le ménage.

Avant d'aborder cette étude approfondie qui, parce qu'elle intéresse si intimement la vie même des personnes et l'avenir de la

France, nous est apparue si pleine d'intérêts, nous voudrions répondre à une objection qui pourrait être faite quant à l'importance pratique d'une telle recherche.

Certains estimeront, peut-être, qu'un tel sujet est plus du domaine des mœurs que de celui du droit et qu'en pratique, l'amour aplaisant les aspérités du chemin, les difficultés ne se présenteront que bien rarement. L'unité et la paix joyeuse du foyer résulteront plus de l'union confiante des cœurs et des volontés, de leur commune et instinctive orientation vers le bien de la famille, que de l'influence de telle ou telle législation.

Cela est souhaitable et heureusement général. Nous avons vu comment la place de la femme dans la famille, les conditions dans lesquelles elle y accomplit sa mission de ménagère sont le produit des traditions, des croyances et des coutumes, des exigences physiques et morales de la nature féminine ou de la pesée d'un milieu économique et social en perpétuelle transformation bien plus que l'œuvre de la loi et du droit positif. Il ne faudrait cependant pas exagérer en ce sens et l'existence d'un droit conforme à la nature des choses et des êtres serait, en la matière, extrêmement heureuse.

D'une part, en effet, une conception exacte des pouvoirs ménagers de la femme mariée permettrait de délimiter exactement le domaine de l'émancipation féminine et d'éviter qu'en raison d'une situation arriérée dans ce domaine essentiel pour la femme, soient posées des revendications qui pourraient dépasser les exigences d'un féminisme raisonnable. Les textes légaux agissent, à la longue, sur l'esprit public. Leurs formules et les doctrines qui les inspirent s'incorporent peu à peu à la conscience populaire et y déposent des vérités ou des erreurs qui tôt ou tard peuvent devenir pour la famille des principes d'ordre ou des facteurs de dissolution.

D'autre part, si les ménages heureux et les familles unies peuvent s'offrir le luxe d'ignorer le Code et de se passer des juges, il n'en est pas de même des autres : et c'est précisément quand des conflits surgissent dans les foyers que le droit positif joue un rôle. La succession des décisions jurisprudentielles prouve que ces heurts sont fréquents et la littérature a souvent montré ces foyers où les pouvoirs réservés à la femme, parce que trop limités par le mari, y créaient des difficultés irréductibles aux conséquences parfois graves. Qui n'a présent à la mémoire les paroles de M^{me} de Nucingen à Eugénie de Rastignac dans le Père Goriot de Balzac : « ...Vous me

voyez riche, opulente, rien ne me manque ou je ne parais manquer de rien. Eh bien, sachez que M. de Nucingen ne me laisse pas disposer d'un sou ; il paye toute la maison, mes voitures, mes loges, il m'alloue pour ma toilette une somme insuffisante, il me réduit à une misère secrète par calcul... La parole par laquelle il fallait demander de l'argent à mon mari me déchirait la bouche, je n'osais jamais, je mangeais l'argent de mes économies et celui que me donnait mon pauvre père, puis je me suis endettée...

...Voilà la vie de la moitié des femmes de Paris, un luxe extérieur, des soucis cruels dans l'âme... Il y a pourtant des femmes obligées de faire faire de faux mémoires pour leurs fournisseurs. D'autres sont forcées de voler leur mari... Il se rencontre de pauvres femmes qui font jeûner leurs enfants et grapillent pour avoir une robe. Moi je suis pure de ces odieuses tromperies... (mais elle a 6.000 francs de dettes) » (1). Balzac connaissait bien son temps et il a su nous donner les plus fidèles peintures des mœurs de son époque. Comment dès lors croire que le pouvoir ménager des femmes mariées n'est pas d'importance capitale. Balzac devait d'ailleurs l'aborder de nouveau dans *Eugénie Grandet* (2) à qui le mari ne donnait que 6 francs par mois pour ses menues dépenses et qui se sentait si profondément humiliée d'une telle dépendance. De tels livres contiennent le procès le plus terrible de la condition juridique faite alors à la femme dans le ménage. Bien souvent il ne faut pas aller chercher plus loin la cause de nombreux divorces. Il est nécessaire de réformer une telle situation la façon dont les conflits sont résolus par la loi et les juges n'est pas sans exercer une profonde influence sur l'opinion publique et par là sur la vie même des foyers.

Les pouvoirs ménagers de la femme mariée méritent donc une étude attentive. Il est temps que le législateur se penche sur leur réglementation avec attention (3). Notre seule ambition est d'éclairer le chemin : la dignité de la femme, le bonheur des foyers y sont également intéressés.

(1) Balzac, *le Père Goriot*, Gründ, éd. Paris, p. 131.

(2) Balzac, *Eugénie Grandet*, Nelson, éd. Paris, p. 33.

(3) Dans son Encyclique « *Casti Connubii* » le pape Pie XI écrivait : « Il reste vrai que les conditions sociales et économiques de la femme mariée doivent se modifier jusqu'à un certain point par suite du changement survenu dans les formes et les usages de la vie. C'est aux pouvoirs publics qu'il convient d'adapter les droits civils de l'épouse aux nécessités et aux besoins du temps présent, en tenant compte des exigences propres du tempérament et du sexe féminin, de l'honnêteté morale, du bien commun de la famille, sans toucher à l'ordre essentiel de la sociétés familiale ».

PREMIÈRE PARTIE

LES DROITS DE LA FEMME, PERSONNE HUMAINE, DANS LE MÉNAGE

LE FEMME EST UNE PERSONNE, — vérité banale et si souvent méconnue, — tel est le premier principe qu'il faut poser, si l'on veut régler d'une façon exacte, les pouvoirs ménagers qui doivent être reconnus à l'épouse.

Lorsque la Nora d'Ibsen dit à son mari : « Je suis un être humain au même titre que toi », elle ne dit rien de révolutionnaire : elle fait écho au droit naturel, dont, si souvent, le monde a dissipé le trésor.

La vocation première de la femme, la seule, sa vocation éternelle, sa vocation de personne est identique à celle de l'homme. Personne humaine, la femme ne l'est ni moins, ni plus que l'homme, quoique son composé humain présente des différences qui ne diminuent en rien sa personnalité. Personne humaine, elle l'est autrement que l'homme, mais la substance humaine avec la dignité qui y est attachée est la même chez elle que chez lui. La femme a une fin personnelle et elle est libre vis-à-vis du mari, de la cité et de la famille, mais cette liberté n'exclut pas le service. Car, en tant que personne humaine, la femme a une fonction qui est d'aider son mari et de propager l'espèce, fonction qui lui est propre en raison de sa féminité :

Et cette constatation nous permet de préciser le principe que

nous entendons dégager : si la femme est égale à l'homme, elle en est aussi différente ; si elle a une personnalité, c'est une personnalité féminine, qui la distingue — et non pas la décline. Ce serait donc dénaturer la personnalité de la femme sous l'apparence fautive d'un développement de cette personnalité que de faire triompher tout système, toute institution, toute habitude sociale, toute mesure législative qui méconnaîtrait ce qu'il y a de spécifiquement féminin dans la personne de la femme. Créer entre les sexes une identité mensongère et factice, individualiser à outrance la femme sans égard à sa vocation d'épouse et de mère, c'est travailler contre elle et forger son malheur (1).

Cette particularité de la personne féminine se manifeste dans tous les domaines, dans celui de la physiologie ou de la psychologie, comme dans la forme de l'intelligence. Il est impossible de nier l'existence dans l'univers humain de deux natures distinctes, non opposées l'une à l'autre, mais complémentaires l'une de l'autre (2).

La singularité de la nature féminine se déduit des différences morphologiques qui la séparent de la nature virile — et cette constatation est élémentaire. Elle se manifeste par le comportement des organes, par toute la vie physiologique. Ne nous étonnons pas, dès lors, qu'elle se manifeste aussi par la vie toute entière de l'esprit, non point que celle-ci soit inférieure à celle de l'homme, mais dissemblable, son outillage organique étant différent.

La singularité de la femme est encore dans la particularité de la vocation qui l'appelle à donner la vie, aussi bien intellectuelle et morale que physique, à remplir dans la famille, son royaume propre, comme dans la société toute entière, la magnifique mission, définie par le Faust de Goethe en un vers célèbre, chargé de sens nuancés et divers : « l'éternel féminin nous entraîne en haut ».

Le docteur Carrel, dans son livre « L'homme, cet inconnu », a insisté d'ailleurs sur l'importance de ces constatations : « C'est l'ignorance de ces faits fondamentaux qui a conduit les promoteurs du féminisme à l'idée que les deux sexes peuvent avoir la même éducation, les mêmes occupations, les mêmes pouvoirs, les mêmes responsabilités. En réalité... la femme est profondément différente

(1) Vialatoux, *La personne féminine*, Lyon, 1923, p. 17 et 23.

(2) Gina Lombroso, *L'âme de la femme*, traduction française, 1 vol, Payot, Paris, 1926, p. 25.

de l'homme. Entre les deux sexes il y a d'irrévocables différences. Il est impératif d'en tenir compte dans la construction d'un monde civilisé » (1).

La singularité de la femme, soulignée par la psychologie et la physiologie (2), par la vocation particulière qui est la sienne, par l'influence si caractéristique qu'elle exerce dans la vie sociale, par les conditions de vie dans lesquelles elle s'épanouit, demande une condition juridique adaptée à sa nature, appropriée à l'essence même de son être, corps et esprit. Or c'est précisément dans le domaine des pouvoirs ménagers que la femme va trouver son véritable épanouissement.

Il résulte, en effet, de l'ensemble de ces réflexions que, dans la vie des époux, la femme — comme l'homme d'ailleurs — ne peut pas tout faire, mais qu'une certaine division du travail s'impose entre mari et femme. La maison est un petit monde, une administration et un gouvernement où toutes les aptitudes trouvent leur place, toutes les facultés leur épanouissement. Or les qualités naturelles de la femme la prédisposent à certaines besognes, à certaines tâches et à certains services. Elle doit être, au sens propre du mot, la collaboratrice de l'homme, collaboration devant s'entendre non pas d'un travail, nécessairement égal en quantité et pareil en qualité, mais d'une spécialisation des tâches en vue d'atteindre le bien commun. L'homme et la femme doivent prendre conscience de leur solidarité profonde dans l'accomplissement d'une tâche à laquelle chacun prendra sa part dans la mesure et suivant la nature de ses facultés. Il est dès lors logique que le mari affronte les routes, parte à la guerre, manie la charrue, dirige l'usine, gouverne le pays tandis que la femme nourrit les enfants, les éduque, garde la demeure et administre la maison, à condition que dans ce rôle sa qualité de personne humaine soit entièrement respectée (3).

Entre les doctrines trop prudentes, qui enchaînent la femme aux

(1) *L'homme cet inconnu*, p. 104 à 106.

(2) Docteur Pierre Merle, *La nature féminine dans « La Femme et sa Mission »*, collection Présences, Plon, Paris 1941, p. 18 et s.

(3) De ces deux tâches, la seconde n'est point la moins belle et Verlaine l'a magnifiquement noté en ses deux vers célèbres :

« L'humble vie aux travaux ennuyeux et faciles

« Est une œuvre de choix qui veut beaucoup d'amour ».

Il n'est d'ailleurs pas question de limiter l'influence de la femme à la vie domestique

besoins du foyer, et la folle révolution qui voudrait la libérer contre le foyer, la solution n'est-elle pas, comme la voie de son salut et celle de l'ordre humain, qu'elle se libère pour son foyer même ?

Si, par féminisme, on veut affirmer la personnalité de la femme et, seconde vérité aussi importante que la première, sa personnalité féminine, avec tous les droits et les devoirs qui en découlent, alors nous pensons que le féminisme est conforme à la nature des choses et des êtres. Si, au contraire, on perd de vue que l'homme et la femme sont deux êtres complémentaires, appelés ensemble à multiplier l'espèce humaine, si on nie que cette aide réciproque et proportionnée, se déploie dans la famille, alors on s'égare dans des chemins dangereux.

C'est précisément à la lumière de ces deux vérités que nous entendons aborder l'étude des pouvoirs ménagers de la femme mariée, tels qu'ils doivent exister pour satisfaire les droits de la personnalité de la femme.

La femme est une personne : ce principe doit guider l'esprit de ceux qui recherchent le fondement à donner aux pouvoirs ménagers. Ce sera l'objet de notre premier chapitre.

Ces pouvoirs ménagers étant l'apport de la femme dans la vie du ménage, il faudra dans un second chapitre déterminer les conditions qui doivent se trouver réunies pour que la femme puisse les exercer.

Enfin, en partant de l'idée que la femme a une personnalité féminine entraînant une division des fonctions dans le ménage et réservant à la femme le domaine ménager, il nous faudra dans un troisième chapitre, déterminer le champ d'application des pouvoirs ménagers.

Les législations doivent, sans relâcher les liens nécessaires de la famille, consacrer les droits propres de l'épouse et assurer une meilleure répartition des fonctions et des responsabilités du foyer.

et Fénelon qui, dans le *Livre des Proverbes*, lui réservait déjà ce rôle primordial, avait bien soin d'ajouter « que le rayonnement déborde infiniment le foyer domestique et qu'elles décident de ce qui touche le plus près à tout le genre humain ; car les hommes ne peuvent, par leurs délibérations, accomplir aucun bien effectif, si les femmes ne les aident pas à l'exécuter, » Puissent-elles mériter le titre de « ménagère sociale »,

CHAPITRE PREMIER

FONDEMENT DES POUVOIRS MÉNAGERS DE LA FEMME MARIÉE

Nous avons déjà eu l'occasion de noter que le législateur ne s'était pas préoccupé de déterminer, avec exactitude, l'organisation de la fonction domestique de la femme mariée et que, loin de favoriser un développement logique à une prérogative aussi indiscutée, il manifestait, au contraire, à son endroit, une apparente hostilité. Les interprètes du droit ont donc dû construire de toute nécessité une théorie qui permettrait à la femme de surmonter les obstacles juridiques qui s'opposaient à toute intervention de sa part dans les affaires du ménage. Ils ont eu recours à une théorie, en vigueur déjà dans l'ancien droit et qu'ils n'ont eu qu'à perfectionner, à savoir celle du mandat tacite. Ils ont ainsi concilié les faits qui réclamaient une activité indépendante de la femme en matière domestique et le droit qui l'empêchait de passer tout acte juridique.

Mais, si les faits sont restés toujours identiques, si, à chaque époque, les mœurs ont voulu que ce soit la femme qui passe les contrats relatifs à la nourriture et à l'entretien des membres du ménage, à la satisfaction de leurs besoins essentiels, il serait faux de croire que les règles juridiques dans lesquelles cette activité a dû s'encadrer sont demeurées immuables : le fondement juridique des pouvoirs ménagers a varié.

Au ^{xiii}^e siècle, en effet, aux premiers temps de notre régime de communauté, le caractère essentiel des rapports matrimoniaux était de maintenir au maximum la personnalité juridique des deux époux, tout en réalisant une association complète de leurs intérêts pécuniaires. Une collaboration étroite unissait les époux dans la

marche en commun du ménage et la femme était vraiment la compagne et l'associée de son époux. La condition de la femme était très libre et ses pouvoirs étendus. Si elle devait se soumettre à l'autorité de son mari, aucune incapacité due à son sexe n'était reconnue. Aussi ne faut-il pas s'étonner si l'organisation des pouvoirs ménagers était conforme à la personnalité que les idées modernes attribuent aujourd'hui à la femme. Nous devons porter nos regards, en premier lieu, sur cette situation de l'épouse au ^{xiii}^e siècle. L'intérêt de cette étude ne sera pas mince : puisque les idées modernes sur la nature des droits de la femme sont actuellement si proches de ce qu'elles étaient alors, peut-être puisera-t-on dans les règles juridiques de cette époque d'utiles enseignements.

Mais au ^{xvi}^e siècle, un courant d'idées, issu de la renaissance du droit romain en France, devait apporter un changement considérable dans la situation générale de l'épouse. Ce bouleversement prit son point de départ dans une nouvelle explication de l'autorité maritale, non plus conséquence de la nécessité d'un chef dans la société conjugale, mais « sorte de tutelle à la romaine due à l'impudence, à la fragilité et à l'imbécillité de la femme, destinée à secourir la femme comme pupille et à la protéger contre ses propres faiblesses » (1). Avec la capacité de la femme, tombaient, du même coup, tous les pouvoirs qu'elle avait pu avoir jadis sur la communauté en tant qu'associée. Tous les cas dans lesquels elle exerçait jusqu'alors un rôle dans la direction des intérêts communs, soit comme collaboratrice de l'homme, soit comme gérante unique, disparaissaient. Dans ces conditions, le pouvoir propre d'engager directement la communauté par ses opérations ménagères, que le très ancien droit coutumier semble avoir accordé à la femme, ne pouvait plus subsister dans le droit nouveau du ^{xvi}^e siècle. Par rapport à l'incapacité générale de l'épouse, il eût constitué une véritable anomalie. Néanmoins, il fallait bien continuer à trouver un moyen qui répondît aux besoins de la pratique et légitimât, en droit, ce fait, universellement répandu, de l'épouse contractant librement et engageant les biens communs pour les besoins du ménage. C'est alors qu'on eut recours à la fiction du mandat. Le mari, ne pou-

(1) Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*, p. 425 et 426 ; dans le même sens : Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. VII, p. 133 ; Morizot-Thibault, *De l'autorité maritale*, p. 46 et s.

avant passer lui-même les nombreux contrats nécessaires à la subsistance quotidienne du ménage, était censé donner commission à sa femme, conformément à ses aptitudes naturelles, de les passer en son nom à lui et de le représenter. Ainsi la femme pouvait agir librement sans autorisation, car son incapacité ne l'empêchait de contracter que pour elle-même, non pour le compte d'autrui (1).

Devant le silence du Code, placés qu'ils étaient devant les mêmes nécessités de fait, les tribunaux et les juristes eurent naturellement, après 1804, recours à la même théorie et la liste des ouvrages de doctrine comme celle des décisions judiciaires qui l'adoptent serait impossible à établir dans son entier (2). La théorie du mandat tacite, tel sera le sujet d'une seconde section.

Nous verrons comment, sous la pression des circonstances ambiantes, du fait du désir d'étendre les pouvoirs de la femme et du besoin de protéger, plus efficacement, les tiers contractants avec l'épouse pour les besoins du ménage, les tribunaux furent amenés, peu à peu, à sortir des cadres de la théorie du mandat tacite et à maintenir les pouvoirs de la femme dans des cas où, cepen-

(1) Pothier, *Traité de la puissance du mari*, p. 49 : « La femme n'a besoin d'autorisation que pour les actes qu'elle fait en son nom : lorsqu'elle contracte comme fondée de procuration, soit de son mari, soit de quelque autre personne que ce soit, il n'est pas besoin d'autorisation, car ce n'est pas elle, en ce cas, qui contracte, c'est celui qui lui a donné procuration qui contracte par son ministère ».

(2) Nous nous contenterons de citer : 1° Parmi la Doctrine : Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 6^e éd., t. VI, 2^e partie, n° 261 sq. ; Marcadé, *Explication juridique et pratique du Code Napoléon*, 6^e éd., t. V, 1886, art. 1420 ; Demolombe, *Traité du mariage*, t. II, 3^e éd. 1866, n° 169 sq. ; Rodière et Pont, *Traité du contrat de mariage*, 2^e éd., t. II, 1868, n° 792 sq. ; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4^e éd., t. V, 1872, n° 509 ; Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XXII, 3^e éd., n° 1878 et s. ; Guillaud, *Traité du contrat de mariage*, t. II, 1866, n° 868 sq. ; de Loynes, *Note au D.* 1891.2.257 ; Huc, *Commentaire théorique et pratique du code civil*, t. IX, 1896, n° 151 sq. Baudry-Lacantinerie, Lécourtois et Surville, *Du contrat de mariage*, 2^e éd., t. I, 1901, n° 500 sq ; Bartin s/ Aubry et Rau, 5^e éd., t. VIII, n° 509, n° 48 bis, p. 120 ; Lecomte, *Le mandat domestique de la femme mariée*, Paris, 1937.

2° Parmi les décisions jurisprudentielles : (nous en retrouverons d'autres au cours de notre étude), Rouen, 27 décembre 1809, D. Rép., v° *Mariage*, n° 809, n° 3 ; Rennes, 11 décembre 1813, S. 1^{re} série, 4^e volume, 2.308.

Voir la liste des décisions qui ont suivi jusqu'à la thèse de Binet, à laquelle nous aurons souvent l'occasion de renvoyer, dans Binet, *op. cit.*, p. 18.

Ensuite : Trib. Clamecy, 24 juillet 1902, *Le Droit* du 23 octobre 1902 ; Req. 8 novembre 1905 ; D. P. 1906. 1. 14 ; Dijon, 3 mai 1911, Rec. Dijon ; 1911, p. 165 ; Paris, 8 juillet 1925, D.P. 1926.2.77 avec la note de M. Nast ; Montpellier, 3 novembre 1925, D.P. 1927.2.16 ; Trib. de paix de Paris, 27 juin 1926, *La loi* du 13 décembre 1926 ; Trib. Saintes, 29 novembre 1928, D.H. 1930. Som. p. 10 ; Paris, 1^{er} mai 1926, *Gaz. Pal.* 1929-2. 72 ; Req. 30 mai 1932, S. 1933.1.217 et D.H. 1932, p. 345 ; Trib. de paix de Toulouse, 26 octobre 1932, D.P. 1933.2.107 ; Trib. Abbeville, 17 janvier 1933, S. 1933.2.211. Paris, 31 janvier 1935, *Gaz. Pal.* 1935..528 ; Paris, 19 octobre 1935, *Gaz. Pal.* 1935.2.873 ; Paris, 17 juin 1936, *Gaz. Pal.* 1936.2.437 ; Trib. de paix Paris, 9 octobre 1936, *Gaz. Pal.* 1936.2.795 ; Trib. com. Valenciennes, 23 novembre 1937, *Gaz. Pal.* 1938.1.393 ; Cass., Soc., 27 janvier 1939 ; D.H. 1939, p. 199 ; Trib. Clamecy, 27 juillet 1942, *Gaz. Pal.*, 20 novembre 1942.

dant, la fiction du mandat se trouvait démentie, ainsi dans les hypothèses de séparation de fait entre les époux ou de révocation du mandat par le mari en particulier. De plus en plus, les tribunaux eurent tendance, selon l'expression de Binet (1), à « objectiver » la concession maritale, à méconnaître les intentions réelles ou vraisemblables du mari, pour s'en tenir à des critères généraux applicables à tous les ménages. Ainsi apparaissait au grand jour l'insuffisance de cette théorie du mandat que l'on ne pouvait maintenir qu'au prix de perpétuelles contradictions.

Parallèlement à cette construction jurisprudentielle qui aboutissait à faire des pouvoirs ménagers de la femme un véritable mandat légal, ou mieux un pouvoir de représentation, les auteurs modernes, avec l'apparition des nouvelles idées favorables à l'émancipation féminine, allaient ouvertement cette fois s'élever contre la théorie du mandat tacite et proposer à l'attention des juristes des solutions novatrices. Des degrés se rencontraient d'ailleurs dans leur désir de réformes.

Pour certains (2), en effet, ce changement ne pouvait résulter que d'une modification législative souhaitable, mais nécessaire. Le premier d'entre eux fut à n'en point douter, Binet qui réclamait dès 1904 la reconnaissance d'un véritable pouvoir propre au profit de la femme ; mais il devait reconnaître : « Dans l'état actuel de nos lois (la théorie du mandat tacite) apparaît encore comme le meilleur expédient imaginé pour procurer à la femme quelque indépendance en matière ménagère, et qui reste, d'ailleurs, acceptable, en droit et en logique lorsqu'on se borne à en faire application à des conjoints vivant en commun (3).

D'autres allaient beaucoup plus loin dans leurs critiques de la théorie du mandat tacite, estimant qu'il était possible de conclure dès maintenant de l'existence de certains textes du Code Civil à un pouvoir propre de la femme mariée en matière ménagère, tout au moins à un pouvoir de représentation (4). Ainsi M. Nast écrivait « Le pouvoir propre de la femme peut seul expliquer les

(1) Binet, *op. cit.*, p. 86.

(2) Binet, *op. cit.* ; Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, *Cours élémentaire de droit civil français*, 8^e éd., t. 1, § 619 bis, p. 656, Emmanuel Gounot, *L'épouse et le mari en droit français*, Semaines Sociales, Nancy, 1927, p. 230.

(3) Binet, *Note au D.P.* 1905.2.249.

(4) R. Gartenberg, *Le fondement légal du mandat domestique de la femme mariée*, Thèse Paris, 1936.

solutions de la Jurisprudence, il est conforme aux nécessités de la vie courante » (1) et il considérait l'intervention législative comme inutile pour parvenir à cette réforme. MM. Geny (2) et Bonnecasse (3) présentèrent de même une théorie favorable au pouvoir propre de la femme en matière ménagère.

Devant ces attaques, menées de biais par la Jurisprudence, de front par la Doctrine, une réforme s'imposait. La loi de 1942 allait consacrer la théorie d'un pouvoir de représentation appartenant à la femme en matière ménagère. En un mot, reproduisant la théorie de la Schlüsselgewalt du droit allemand, l'art. 220 du Code Civil reconnaît à toute femme mariée le pouvoir de représenter son mari dans les affaires ménagères, indépendamment de toute concession effective de ce dernier. Ce sera la troisième étape que nous aurons à parcourir.

Il est normal de se demander si cette réforme a réalisé, toutes les espérances que l'on pouvait avoir. Il est certain qu'elle constitue une demi-mesure par rapport à la théorie du pouvoir propre que d'éminents auteurs ont proposée. Nous aurons à nous poser la question de savoir s'il ne serait pas préférable d'adopter ce fondement. L'étude du pouvoir propre de l'épouse en matière ménagère fera donc l'objet d'une quatrième section (4).

L'étude du fondement à donner aux pouvoirs ménagers a déjà été faite assez souvent (5) ; nous n'avons pas l'intention de revenir sur tous les points de détail dont certains sont d'ailleurs définitivement acquis, nous voulons pour notre part, à la lumière du titre

(1) Nast, *Note au D. 1924.2.105.*

(2) Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, pp. 254-256.

(3) Bonnecasse, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, t. IV, pp. 384 à 555.

(4) Avant d'aborder l'examen des quatre fondements différents qui peuvent être donnés aux pouvoirs de l'épouse, il est bon d'indiquer qu'il n'existe pas de démarcation très nette, dans le temps, entre les décisions conformes à la théorie du mandat tacite et celles qui, malgré les termes employés, vont au-delà des limites normales de cette théorie. Il en va de même pour les conceptions doctrinales. Les tendances s'entrecroisent à une même époque et il est impossible de leur assigner des limites précises d'application. Même au sein d'un seul arrêt, on ne rencontre pas l'unité de doctrine qui apparaît dans tant d'autres branches du droit jurisprudentiel. La cohésion fait souvent défaut, les qualifications sont incertaines et les questions ont été réglées, bien souvent, pour satisfaire l'équité, plus que par application de telle ou telle règle de droit ; ce n'est qu'ensuite que l'on a essayé de couvrir la décision d'un vêtement juridique, en les ajustant tant bien que mal l'un à l'autre. Si, pour satisfaire un besoin de clarté, nous présentons les diverses théories successivement, il est bon d'avoir toujours présent à la mémoire cette remarque préliminaire.

(5) Voir, en particulier : A. Tumerelle, *Les dettes contractées dans l'intérêt du ménage sous les régimes de communauté*, Thèse Paris 1935 ; R. Gartenberg, *Le fondement légal du mandat domestique de la femme mariée*, Thèse Paris, 1935 ; Jary, *Les dettes de ménage*, Thèse Grenoble, 1939 ; Lefrançois, *Les dettes de ménage*, Thèse Nancy, 1939.

de notre première partie, rechercher celle de ces théories qui donne aux pouvoirs ménagers le fondement le plus conforme à la personne de la femme et à la capacité qui lui est aujourd'hui reconnue.

SECTION I

Les pouvoirs ménagers de la femme mariée dans le droit coutumier du XIII^e siècle

L'intérêt de l'étude de notre vieux droit coutumier est puissant en notre matière. Nous avons vu que la théorie du mandat tacite a été imaginée à la suite de l'influence du droit romain qui a fait de la femme une incapable en raison de la faiblesse due à son sexe et l'a rendue inapte à passer tout acte de la vie juridique, même les plus simples et les plus courants comme le sont ceux rentrant dans le cadre de son activité domestique. Or, cette situation ayant cessé par l'effet de la loi du 18 février 1938, on s'est retrouvé, dans une certaine mesure, face à l'état des choses existant avant l'introduction en notre pays des idées romaines, c'est-à-dire à la situation telle qu'elle se présentait au XIII^e siècle. Il est donc normal de se demander si, la fiction du mandat n'étant plus nécessaire, il ne serait pas indiqué d'en revenir — avec les modifications dues évidemment aux changements des mœurs et des conditions de vie — à la situation de la femme mariée de cette époque. L'étude de notre droit coutumier sera d'un précieux enseignement pour nos conclusions à venir. L'adage « cessante causa, cessat effectus » n'a-t-il pas ici sa place?

A l'époque de Saint Louis, l'organisation des rapports conjugaux était fondée sur le principe d'égalité et d'association des époux. Si le mari exerçait sur sa femme une autorité maritale, celle-ci n'était point exclusive de la qualité d'associée pour l'épouse et se conciliait fort bien avec une activité indépendante de cette dernière (1). Elle n'était pas alors issue d'une prétendue incapacité personnelle de la femme et ne ressemblait en rien à un droit de tutelle (2).

(1) Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, éd. Beugnot, t. I, XXI, 2.

(2) En ce sens, voir Siramy, *Etude sur les origines, les caractères de l'autorisation maritale dans l'histoire du droit français*, 1901 ; Typaldo-Bassia, *La communauté de biens conjugale dans l'ancien droit français*, 1903 ; Gide, *op. cit.*, pp. 424 et 425 ; Glasson, *op. cit.* p. 133.

L'autorisation maritale était un principe de discipline, non une mesure de protection. Au contact des mœurs simples et chrétiennes de ce temps, la communauté de biens avait acquis une force singulière, se déroulant au sein d'une véritable communauté de vie (1). La femme participait à tous les actes importants du ménage en collaborant avec son mari, dont les pouvoirs sur les biens n'étaient pas exclusifs; elle agissait seule pour assurer le bien commun dans un certain nombre de circonstances; ainsi remplissait-elle ses devoirs de membres de la compagnie.

D'un tel état de chose, il ressort que la femme avait en soi, comme le mari, la faculté d'agir quant aux biens communs. Jean Bouteiller nous en donne la raison, lorsqu'il écrit « que aussi bien en est la femme Dame comme le mary en est seigneur » (2). Si le gouvernement du ménage était, pour les opérations ordinaires et dans les conditions normales, exercé par le mari qui devait recourir au concours de sa femme pour toute aliénation d'immeubles, propres ou conquets, on voyait, soit pour des raisons spéciales, telle que l'impossibilité pour le mari de gérer les biens communs, soit pour des opérations particulières — et c'est ici que nous rencontrons l'activité domestique de l'épouse — la femme appelée à son tour à gérer de plein droit les affaires communes de la société conjugale.

Ainsi un des domaines principaux où se manifestait l'activité indépendante de l'épouse était le cercle des opérations domestiques que les mœurs reconnaissaient comme essentiellement le sien (3). Les textes de cette époque qui nous sont parvenus ne prévoyaient pas expressément cette prérogative de la femme, mais une fonction aussi répandue relevait plus des mœurs que de la loi. Assez suggestives d'ailleurs sont les habitudes de cette époque de figurer la femme portant les clés et la bourse, insignes de sa fonction, et l'obligation qui lui était imposée, si elle voulait renoncer à la communauté, c'est-à-dire à l'association, de jeter solennellement sur la fosse, en assistant à l'ensevelissement de son mari, sa ceinture, sa bourse et

(1) Masse, *Du caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques*, 1902.

(2) *La somme rurale*, éd. Charondas Le Caron, Titre 99.

(3) « Femme si doit garder l'ostel et le fou et les enffanz », *Très ancienne coutume de Bretagne*, 314. Et on lit dans la *Jeune Mariée* (Conseils donnés en 1393 par Pierre de Roubaix à sa femme Marguerite de Ghiselles) éd. de la Brière, Paris, 1902 p. 116 : « Chère sœur, après votre mari, vous devez être maître de la maison, commandeur, visiteur, gouverneur et souverain administrateur. »

ses clés (1). Si, en délaissant ces objets, la femme se reconnaissait non associée pour l'avenir, c'est que ces divers objets symbolisaient son rôle d'associée dans le passé. Et, ce faisant, elle n'agissait pas au nom du mari, chef de la communauté, mais, comme dans l'hypothèse d'un commerce séparé ou dans celle d'absence ou démente du mari, elle exerçait un droit propre fondé sur sa qualité d'associée. M. Lefebvre, qui s'est consacré à l'étude des régimes matrimoniaux au ^{xiii}^e siècle peut conclure en disant : « Il n'apparaît, au ^{xiii}^e siècle, nulle part l'idée de faire de l'épouse une simple préposée du mari, pour les contrats relatifs à la vie ménagère » (2). On peut raisonnablement se demander aujourd'hui, où la condition de la femme mariée est assez semblable à celle du ^{xiii}^e siècle, l'incapacité de la femme mariée étant disparue et l'autorité maritale établie sur des bases semblables, si la logique ne voudrait pas qu'on en revienne à une organisation de la société conjugale où la femme tiendrait de sa seule qualité d'épouse, les pouvoirs nécessaires à l'exercice de son activité domestique, lui permettant d'engager directement les biens du ménage.

Le problème mérite d'être posé, car notre droit du ^{xiii}^e siècle nous offre vraiment le spectacle d'un état juridique en rapport avec les mœurs, avec les idées maîtresses semblables à celles que nous avons dégagées pour l'époque actuelle.

Si nous réservons cependant notre opinion, c'est que l'organisation des rapports pécuniaires des époux était alors bien différente de ce qu'elle est actuellement et qu'une théorie des pouvoirs ménagers de la femme mariée doit satisfaire les exigences de la justice quant à la répartition entre les époux des charges nées du mariage. Or, le but du droit coutumier était de confondre les intérêts des conjoints, et non pas, comme la loi romaine qui a influencé l'évolution de notre régime de communauté, d'assurer à chacun d'eux la conservation intégrale de son patrimoine. Dans cette société du ^{xiii}^e siècle où pertes et bénéfices étaient mis en commun, où ce qui appartenait à l'un était aussi à l'autre, le droit ne recherchait pas

(1) Cf. notamment Monstrelet, *Chroniques* (éd. Bucon, t. I, livre I, ch. 13) qui, à propos de la mort du Duc Philippe de Bourgogne, en 1404, nous raconte : « Et renonça à la Duchesse Marguerite, sa femme, à ses biens meubles pour la doute qu'elle ne trouvât trop grand dettes, en mettant sur sa représentation, sa ceinture avec sa bourse et les clefs, comme il est de coutume ; et, de ce, demande instrument à un notaire public, qui était là présent ». Adde, les textes cités par Glasson, *loc. cit.*, t. VII, p. 373, n° 2 sq.

(2) Ch. Lefebvre, *Le droit des gens mariés*.

minutieusement ce qui était la propriété personnelle de chacun d'eux ; il ne répugnait pas à ce que les biens de l'un s'enrichissent aux dépens de l'autre. Dès lors, chaque époux pouvait, dans l'exercice de ses pouvoirs, engager les biens communs et, insistons-y, ses biens personnels. Dès l'instant que la femme, en passant les contrats inhérents à sa fonction de maîtresse de maison, n'agissait pas en qualité de mandataire de son mari, mais en son nom personnel, elle se trouvait personnellement tenue des obligations qui naissaient de ses contrats. Sans doute, la communauté était-elle au premier chef grevée de ces dettes contractées par son représentant légal et dans son intérêt, mais la femme n'en était pas moins, elle aussi, engagée à titre personnel. C'est d'ailleurs ce que nous savons pertinemment du cas où la femme exerçait un commerce séparé, de celui où elle remplaçait le mari fou ou absent (1) ; il ne devait pas en aller différemment de l'hypothèse où elle agissait dans ses attributions ménagères. Nous verrons que la théorie du mandat aboutit à une conséquence inverse.

Ce qui était alors très compréhensible peut devenir discutable lorsque, avec l'apparition de la dot romaine, le mari se trouve tenu de subvenir aux charges du ménage, la femme y contribuant une fois pour toutes par l'apport en mariage de sa dot.

En toute hypothèse, il n'en demeure pas moins que l'esprit de la solution de notre droit coutumier du xiii^e siècle mérite d'être retenu.

Avec l'apparition de la règle de l'incapacité de la femme mariée d'une part (2), de celle de la concentration entre les mains du mari de tous les pouvoirs d'administration d'autre part, celui-ci touchant tous les revenus à la charge d'entretenir la famille, la conception coutumière de l'organisation, tant des rapports personnels que des relations pécuniaires des époux, devint insuffisante pour répondre tant aux exigences des principes alors en vigueur sur la personnalité de la femme qu'aux règles juridiques admises en matière de régime matrimonial.

(1) Beaumanoir, *loc. cit.*, t. II, XLIII.23. Adde : *Très ancienne coutume de Bretagne*, 205, et *Etablissement de Saint Louis* (éd. Viollet) t. II, Liv. I, 153. Cf. Typaldo-Bassia, *loc. cit.* p. 43.

(2) Bouteiller, *Livre de Jostice et de Plaid*, t. II, p. 2.6.40 : « Fresle chose est de femme, ne n'est garnie, de sa propre nature, de constance et discrétion ».

SECTION II

La théorie du mandat tacite

§ 1. — Dans l'ancien droit

Avec l'influence du droit romain, le mari devant être seul tenu des dettes domestiques de la femme, la conception essentiellement communautaire de notre droit coutumier ne pouvait plus être valable. Ce serait cependant une erreur de croire que l'activité propre de la femme disparut rapidement. Si nous jetons un coup d'œil sur les Coutumes rédigées, nous nous apercevons qu'au principe général d'incapacité de la femme mariée, désormais inscrit dans les textes (1), ceux-ci ont laissé subsister intégralement l'exception traditionnelle vieille de quatre siècles et relative au droit spécial de la femme commerçante. Sans autorisation expresse de son mari, celle-ci peut contracter et s'obliger pour des besoins de son commerce. Les articles 114 de l'Ancienne Coutume et 234 à 236 de la Nouvelle Coutume de Paris prouve indiscutablement que la femme commerçante recouvrait sa pleine capacité pour les besoins de son commerce (2). La presque-unanimité des coutumes adopte une position identique (3) et la femme, marchande publique, en contractant pour les

(1) L'article 223 de la *Nouvelle Coutume de Paris* est ainsi conçu : « La femme mariée ne peut vendre, aliéner, ni hypothéquer ses héritages, sans l'autorisation et consentement de son mari. Et si elle a fait aucun contrat sans l'autorité et consentement de son mari, tel est contrat est nul, tant pour le regard d'elle que de son mari, et n'en peut être poursuivie ni ses héritiers, après le décès de son mari ».

(2) L'article 234 de la *Coutume de Paris* rappelle d'abord le principe général consacré par l'article 223, pour énumérer ensuite les cas exceptionnels où la femme mariée est capable : « Une femme mariée ne peut obliger sans le consentement de son mari, si elle n'est séparée par effet ou marchande publique : au quel cas, étant marchande publique, elle s'oblige et son mari, touchant le fait de la dite marchandise publique ». Cette dernière phrase a été ajoutée à l'article 114 de l'Ancien Coutumier. Les articles 235 et 236 précisent les conditions qui doivent être réunies pour que la femme soit marchande publique.

(3) *Coutumes de Montford*, chap. II, art. 131 ; *Clermont*, t. 15, art. 191 ; *Péronne*, t. V, art. 122 ; *Sedan*, t. 4, art. 95 ; *Mante*, chap. 11, art. 126 ; *Vallois*, chap. 7, art. 98 ; *Orléans*, t. 10, art. 196 ; *Grand Perche*, t. V, art. 109 ; *Blois*, chap. 1, art. 3 ; *Melun*, chap. 13, art. 213 ; *Calais*, t. 3, art. 36 ; *Etampes*, chap. 8, art. 92 ; *Auzerre*, t. 9, art. 207 ; *Artois*, t. 2, art. 86 ; *Maine*, t. 21, art. 305 ; *Anjou*, t. 21, art. 510 ; *Bourbonnais*, chap. 13, art. 168 ; *Bayonne*, t. 9, art. 31 et 38.

Certaines coutumes exigeaient que le commerce ait lieu au vu et au su du mari : *Lille*, t. 5, art. 60 ; *Nivernais*, chap. 23, art. 1 ; *Tournay*, t. 14, art. 2 ; *Berri*, t. 1, art. 7, 8, 10, 15 et 16 ; *Poitou*, t. 3, art. 227 ; *Angoumois*, chap. 7, art. 99 « marchande publique notoire » ; *Bretagne*, art. 448 « que le mari l'a souffert ».

Quelques-unes seulement prévoient que le mari pourra user d'un pouvoir de révoca-

besoins de son commerce, non seulement s'engage personnellement, mais engage aussi et la communauté et les biens du mari.

Certes l'hypothèse de l'activité ménagère de la femme mariée n'est, en aucun cas, prévue dans les Coutumes rédigées et, à leur lecture, nous n'en avons pas trouvé trace une seule fois. Nous pensons que ce silence provient du fait qu'il n'apparaissait pas nécessaire de parler de ces pouvoirs qui étaient si profondément inscrits dans les mœurs. C'était une exception à l'incapacité générale de l'épouse qui allait de soi. Et cette version n'est pas sans fondement puisque nous avons vu que les Coutumes rédigées prévoyaient l'exception de la femme commerçante. A fortiori, devait-il en être de même de la femme ménagère : les traces de l'ancien régime devaient continuer longtemps à marquer notre droit.

Et n'est-ce pas Dumoulin, encore, qui, envisageant le cas où la femme engage elle-même les dépenses du ménage, reconnaît aux fournisseurs une action *de in rem verso*, de telle sorte que ceux-ci peuvent s'en prendre aussi bien à la femme qu'au mari (1).

Contrairement à ce que soutient Binet (2) nous ne pensons même pas que la théorie du mandat tacite apparaisse nettement dans les œuvres de ses successeurs et en particulier chez d'Argentré. Si, en effet, celui-ci n'indique pas sur quel fondement il fait reposer l'obligation de la femme, il déclare que celle-ci ne peut obliger son mari contre sa volonté pour les fournitures excédant la mesure par lui fixée (3).

Ferrière reprend la thèse de Dumoulin, et tout en déclarant que

tion : Laon, t. 3, art. 19 ; Chalons, t. 6, art. 24 ; Chauny, t. 1, art. 1 ; Reims, t. 1, art. 13. Une seule fait exception en ne mentionnant pas le cas de la femme marchande publique : Ponthieu, t. 2, art. 46.

(1) Dumoulin, *Commentaire de la Coutume de Paris*, t. X, § 114, n° 3 : « Verius videtur quod (mulier) tenetur ad mediam, et pro eadem habeat recursum contra virum : tum mulier non potest obligari pro debito viri, cum autoritate viri, tum quia est hoc debitum officium viri, ergo mulieri non potest se obligare, et etiam mercator hoc scit ; amplius etiam si dicat eam procuratricem, quia sumus inter prohibitos, et sic non sequitur quod possit obligari nomine proprio, quia non potest hoc esse de proprio mandato ». Chez lui les mots de « procuratrix maritii » font allusion, non pas au mandat tel qu'on l'entend généralement, c'est-à-dire à l'ordre donné à la femme par le mari de contracter *en son nom à lui*, mais à un mandat bien différent, consistant dans l'ordre de *s'engager elle-même* au profit du mari. Au surplus Dumoulin ne signale cette conception que pour la repousser, par application de l'incapacité velléienne.

(2) Binet, *op. cit.* p. 29.

(3) D'Argentré, *Commentarii in patrias Britonum leges*, 5^e éd., art. 424, glose 2 : « Etsi ex conditione personæ nihil ultra modum factum mercator causaretur, tamen nec modi arbitrium in potestate alterius esse debet, quam mariti si præsens est, nec obsequendum fæmine alienæ potestati subjectæ, ut maritum inscium, et ex eo nolemtem obliget, et oneret rem familiarem sumptibus non necessariis, et fortasse aliunde ingratiss ». »

la femme oblige le mari, il ne fait pas allusion au mandat tacite. Il semble se fonder sur l'idée d'enrichissement procuré au mari par les marchands qui ont traité avec la femme, en raison de l'obligation du dit mari, chef de la communauté, de pourvoir aux besoins du ménage (1).

Bouhier, tout en paraissant, à première vue, reconnaître à la femme la qualité de mandataire de son mari (2), vient plutôt appuyer la thèse que nous avons défendue plus haut (3), en comparant la femme dans son activité domestique, à la femme marchande publique qui, dit-il, « pour le fait de sa marchandise a une autorisation générale ».

Enfin Valin (4) fonde l'obligation du mari, pour les dettes de ménage contractées par la femme, sur l'équité et la bonne foi, sans faire allusion au mandat tacite.

En vérité, tous ces auteurs considèrent la fonction ménagère de la femme comme tellement essentielle qu'ils ne ressentent pas le besoin de la justifier juridiquement, se contentant seulement de mettre les conséquences de ses actes en accord avec l'idée romaine de la dot et de la charge d'entretien du ménage pesant uniquement sur les épaules du mari.

C'est avec Pothier que va apparaître, à notre avis, une explication extrêmement poussée des pouvoirs juridiques de l'épouse. De la conception selon laquelle la femme est *en pension* chez son mari, il tira la conséquence qu'elle ne saurait être que son intendante irresponsable (5). Le mari est obligé d'entretenir sa femme, celle-ci ne peut avoir à régler les dépenses ménagères. En conséquence, elle ne peut agir que pour le compte de son mari, en vertu d'un *mandat tacite*. Ainsi le rôle de la femme était plus ou moins détaché de l'idée communautaire.

(1) Ferrière, *Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la Coutume de Paris*, 2^e éd., titre X, art. 223, glose 2, n° 72 : « Quand la femme emprunte des marchandises pour les besoins et nécessités de la maison, elle ne s'oblige pas, mais elle oblige son mari à les payer, quoique de luy non autorisée, parce qu'ils sont nécessaires et qu'il est le maître de la communauté ».

(2) Bouhier, *Observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne*, chap. XIX, n° 93 et s. Cet auteur qualifie la femme préposée du mari « ut ejus institrix » pour le menu détail de la dépense journalière dont elle est chargée.

(3) *Supra*, p. 35.

(4) Valin, *Nouveau commentaire sur la Coutume de La Rochelle et du pays d'Aunis*, t. 1, art. 23, n° 14.

(5) Pothier, *Traité de la communauté*, éd. Bugnet, § 574.

Lebrun (1) et Guyot (2) adoptent la même théorie; simple fiction de mandat pour mettre les faits en accord avec le droit.

Cette fiction (3) ou présomption de mandat découle pour la femme de la présomption corrélatrice qu'elle a versé sa part contributoire. C'est donc, remarquons-le chez Pothier, une présomption de mandat en faveur de l'épouse contre les tiers, la dégageant de toute obligation vis-à-vis d'eux et reposant sur son intention de ne pas s'obliger. Ce n'est que, par ricochet, en quelque sorte, une présomption contre le mari en faveur des tiers, reposant sur la volonté de celui-ci de satisfaire, à l'aide de ce moyen juridique, à son obligation d'entretien (4). En un mot la théorie du mandat tacite a eu pour but principal de mettre la femme à l'abri de toute poursuite. Ceci est important à signaler au regard de l'évolution future de la théorie du mandat tacite.

La Jurisprudence des Parlements allait, de son côté, accueillir la thèse du mandat présumé et de nombreux arrêts décidèrent que, lorsqu'une femme avait passé seule des contrats de fourniture pour le ménage, c'était contre le mari que le prix devait en être poursuivi par les fournisseurs, l'épouse devant en être personnellement déclarée indemne. (5)

Signalons cependant que, dès la fin de l'Ancien Régime, l'idée de consacrer législativement un pouvoir au profit de la femme mariée, fût-ce seulement un pouvoir de représentation, était apparue et devait se faire jour chez le président Lamoignon qui se proposait de l'ériger en loi. L'article 69 de ses Arrêtés était ainsi conçu : « Obligation de la femme faite sans l'autorité du mari, pour victuailles et provisions ordinaires de la maison, pour marchandises de draps, linges et autres étoffes servant à l'usage ordinaire et nécessaire est valable ». Projet singulièrement hardi qui, devançant

(1) Lebrun, *Traité de la communauté*, liv. II, chap. II, section 2, n° 6. La femme est qualifiée « procuratrice du mari » pour « les emplettes nécessaires à la subsistance et à l'entretien du ménage ».

(2) Guyot, *Répertoire*, v° Autorisation, section VII, n° 7, p. 838. La femme est « censée avoir commission du mari » pour les fournitures de ménage.

(3) Pothier, *op. cit.* 574, « La femme n'est censée faire cela que pour et au nom du mari ».

(4) Lebrun, *op. cit.* « Tant vaut l'obligation d'entretien, tant vaut le mandat présumé de l'épouse ».

(5) *Arrêt du Parlement de Bretagne* de 1691, cité par Bouhier : *Observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne*, chap. XIX, n° 100 ; *Arrêt du Parlement de Flandres* du 29 février 1692, rapporté par Guyot, *loc. cit.* ; *Arrêts du Parlement de Paris*, 16 février 1694 et 22 juillet 1762 (Pothier, *Traité de la communauté*, 574) ; 6 juin 1766 et 13 juillet 1781 (Bouhier, *loc. cit.*, nos 92, 99 et 101).

l'évolution future de la jurisprudence, entendait détacher les pouvoirs de la femme de toute volonté même supposée du mari pour les mesurer à des exigences objectives de la vie du ménage.

Mais ce projet ne devait point avoir de suite et c'est avec l'autorité due à la continuation d'une tradition antérieure de deux siècles, que la thèse du mandat domestique se présentait aux rédacteurs du Code Civil.

§ 2. — *La théorie du mandat tacite après 1804.*

Le Code Civil de 1804 n'a pas pris en considération l'activité ménagère de l'épouse. Commentateurs du code et tribunaux furent cependant unanimes pour reconnaître à la femme cette tâche éminemment féminine qu'est la direction ménagère du foyer. Personne n'osa la nier et prétendre que les contrats qu'elle implique devaient être passés par le mari ou par la femme munie chaque fois du consentement de son mari, appelé dès lors à concourir à tous les actes de la vie quotidienne du foyer. On admit qu'une répartition des tâches devait inévitablement intervenir entre les époux, la femme étant chargée de ce que certains auteurs ont appelé, d'une façon un peu imagée, le Ministère de l'Intérieur, alors que le mari se voyait, avec la Présidence du Conseil, attribuer le Ministère des Affaires Etrangères.

Pour sanctionner l'activité de l'épouse, on recourut tout naturellement à l'explication juridique qu'en avait donnée Pothier et qui n'avait cessée d'être admise depuis : les règles relatives à la situation générale de l'épouse étaient, dans leurs grandes lignes, les mêmes que celles qu'avait connues notre ancien droit, après l'introduction des idées romaines en France.

Mais il ne suffisait pas d'affirmer, il fallait justifier la solution adoptée. A son appui, la Jurisprudence fit principalement appel à des considérations de fait, auxquelles les auteurs ajoutèrent des arguments de droit. Nous allons essayer de montrer successivement que la théorie du mandat répondait bien à certaines exigences de la situation, puisque, si aucun texte, ni aucun principe du Code Civil ne la contenait, elle restait néanmoins juridiquement admissible, ayant ainsi examiné les arguments tirés des faits et du droit qui ont pu être présentés en sa faveur, nous dirons les raisons qui

nous font penser qu'elle ne donnait pas un exact fondement aux pouvoirs ménagers de la femme mariée.

A. — *La théorie du mandat tacite répondait à certaines nécessités de fait.*

Nombreux sont les arrêts et jugements qui affirment que la gestion du ménage rentre dans les attributions normales de la femme (1).

« La femme, selon les mœurs et coutumes, a la charge de diriger l'intérieur du ménage et, par suite, le droit d'obliger le mari... en ce qui concerne l'acquisition des comestibles, provisions ordinaires, vêtements, qui sont des choses nécessaires à la vie commune », ainsi s'exprime un jugement du Tribunal civil de la Seine, en date du 11 décembre 1901 (2).

Et cette idée se trouve très judicieusement développée dans une décision du Tribunal de Paix du 5^e arrondissement de Paris, en date du 14 avril 1905 et dont les termes traduisent avec précision cette situation de fait (3) « ...les nécessités de l'organisation familiales appellent une activité indépendante de la femme mariée et en font pour la société conjugale une condition de paix et de prospérité ; ... on ne comprend pas comment on pourrait imposer au mari qui se trouve normalement appelé au dehors par le travail quotidien et l'exercice de ses activités professionnelles de présider encore, dans le détail, au fonctionnement interne de sa maison et aux contrats d'entretien de la famille ; ...cette double tâche lui serait matériellement impossible et il est, de toute nécessité, que la seconde soit remise à la femme qui, ayant beaucoup plus rarement un travail au dehors, dispose de plus de loisirs ».

Revenant dans un jugement postérieur sur la même idée, le même tribunal donne cet autre argument : « ...une nécessité sociale et de mœurs exige que ce soit l'épouse, plus qualifiée de par ses aptitudes naturelles et ses larges loisirs, qui pourvoie à la subsistance matérielle de l'association conjugale » (4).

(1) Rennes, 11 décembre 1813, S. 1812-1814, 2^e partie, p. 367 ; Nancy, 16 janvier 1896, *Gaz. Pal.*, 1896.1.322 ; Lyon, 2 novembre 1911, *Le droit financier*, 1912, p. 350 ; Besançon, 25 juillet 1866, D. 1866.2.150.

(2) Trib. de la Seine, 11 décembre 1901. D.P., 1902.2.133.

(3) Trib. paix Paris, 14 avril 1905, D. P. 1905.2.150. Note Binet.

(4) Trib. Paix Paris, 5 octobre 1906, *Gaz. Pal.*, 1906.2.418.

Mais, si ces constatations correspondaient à la réalité, il paraissait osé de vouloir en tirer argument en faveur de la théorie du mandat tacite.

C'est pourtant ce qu'ont fait certains tribunaux. C'est ainsi que la décision du Tribunal civil de la Seine, en date du 23 juillet 1897, se contente d'affirmer « en pratique, le mari satisfait aux dépenses du ménage par l'intermédiaire de la femme, munie de son mandat domestique, qui remplit, à sa place, cette mission spéciale dont, en fait, il n'a pas le loisir de se charger (1). »

La même conclusion hâtive se rencontre sous la plume de certains auteurs.

Demolombe (2), à l'appui de la théorie du mandat tacite, ne fait état que des nécessités imposées par les faits : « Que ces sortes de soins et détails (ceux du ménage), fassent essentiellement partie des attributions de la femme, de son département dans la famille, c'est là une vérité de mœurs incontestable. C'est à la femme de veiller au dedans et d'ordonner dans le domestique. Ainsi l'exigent les convenances, les habitudes sociales et l'intérêt du mari lui-même. »

Et Merlin (3) vient démontrer en quoi il est de l'intérêt du mari qu'il en soit ainsi : « Autrement, qu'arriverait-il ? Les marchands, ne trouvant aucune sûreté dans les fournitures qu'ils livreraient aux femmes à crédit, ne voudraient plus traiter qu'avec les maris qui, par ce moyen, seraient forcés d'entrer dans le détail ennuyeux du ménage et de quitter pour cela des affaires souvent importantes. »

Toullier expose le même raisonnement : « On a toujours pensé, écrit-il, que les dettes de ménage de la femme étaient des dettes de communauté que le mari ne peut se dispenser de payer. Cette exception est fondée sur l'ordre que la nature même semble avoir établi pour le gouvernement de la famille et dans le partage naturel de l'administration des affaires domestiques : le mari est chargé des affaires du dehors, la femme de celles du dedans, des détails et de l'économie du ménage, de pourvoir à ce qu'exigent les besoins de chaque jour » (4).

Laurent, enfin, pour justifier la théorie du mandat, se fonde sur

(1) Trib. Civ., Seine, 23 juillet 1897, *Le Droit*, 7 décembre 1897 ; Cf. Trib. civ. Seine, 27 novembre 1907, *Gaz. Trib.*, 6 février 1908.

(2) Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, 4^e éd., t. IV, § 169.

(3) Merlin, *Répertoire*, t. II, *Autorisation maritale*, section 7.

(4) Toullier, *Traité de droit civil*, t. XII, n° 261.

la constatation que la femme voit ses pouvoirs ménagers rentrer dans ses fonctions habituelles : « Est-ce le mari qui doit faire les dépenses du ménage ? Cela est impossible ; ses occupations l'en empêchent ; il doit tout son temps au travail qui est la mission de sa vie. La femme a aussi sa mission, c'est de présider au ménage, voilà pourquoi on l'appelle bonne ou mauvaise ménagère » (1).

Toutes ces constatations nous confirment l'exactitude du principe énoncé au début de notre première partie, à savoir que la femme, dans la division du travail qui s'opère à l'intérieur du ménage, se voit confier la marche intérieure du foyer. Il est vrai que le droit doit reconnaître cette nécessité que tous les auteurs modernes (2) sont unanimes à proclamer. Mais, si la théorie du mandat répondait à ces exigences, il nous semble hâtif de conclure de cette concordance à l'existence de la théorie du mandat tacite. Du point de vue des résultats pratiques, on peut faire appel à bien d'autres théories, telles que celle d'un pouvoir de représentation reconnu par l'autorité sociale ou celle d'un pouvoir propre permettant à l'épouse d'engager les biens du mari ou ceux de la communauté pour les dépenses du ménage. Que ces théories donnent satisfaction à ces considérations de fait, cela ressort à l'évidence du fait que tous les auteurs les ont mentionnées, quel que soit le fondement qu'ils voulaient voir reconnaître aux pouvoirs ménagers de la femme mariée.

Nous ferons d'ailleurs le même raisonnement pour le second argument de fait que certains ont voulu tirer de la cohabitation des époux, à l'appui de la théorie du mandat tacite.

De Loynes (3) écrit que « le mandat conféré à la femme a sa cause dans la cohabitation des époux ». Un jugement du Tribunal civil d'Amiens du 8 janvier 1925 adopte la même conception et en tire une conséquence identique (4).

Nous pensons seulement, pour notre part, que cette cohabitation des époux rend nécessaire la répartition des tâches entre eux en tenant compte de leurs aptitudes respectives, qu'il en découle que l'épouse doit pouvoir passer les contrats qu'implique cette activité

(1) Laurent, *Principes de droit civil français*, 3^e éd., t. XXII, § 105.

(2) Binet, *op. cit.*, p. 41 ; Guillouard, *Traité du contrat de mariage*, 3^e éd., t. II, § 865, p. 344 ; Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, T. IX, n° 151 ; Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, t. II, § 392 ; Chavegrin, note au S. 1931.1.321.

(3) De Loynes, note au D. 1891.2.568.

(4) Trib. civ. Amiens, 8 janvier 1925, *Gaz. Pal.* 1925.1.574.

ménagère, mais la théorie de mandat n'est pas forcément, à notre avis, la seule à rendre compte de ces faits (1).

Puisque la situation de fait ne réclame pas la théorie du mandat domestique et que, de ce point de vue, on peut songer tout aussi bien à une autre théorie pour justifier les pouvoirs ménagers de la femme, il nous faut rechercher si cette théorie était imposée par les principes de l'organisation de la société conjugale.

B. — *La théorie du mandat tacite n'était pas contenue dans la lettre ou dans l'esprit du Code. Elle était seulement juridiquement admissible.*

Nous savons dans quelles conditions cette théorie fut utilisée dans l'ancien droit, d'une part pour pallier à l'incapacité de la femme due à son sexe, d'autre part pour tourner le rôle unique du mari dans le fonctionnement économique du ménage. Le but poursuivi alors dans l'organisation de la fonction domestique de l'épouse fut, non seulement de lui permettre d'agir en dehors du consentement marital, mais aussi de lui donner les moyens d'engager par ses actes la responsabilité du mari et de contracter des obligations à la charge de celui-ci.

Nous n'avons pas, dans cette première partie, consacrée à la recherche de l'organisation des pouvoirs ménagers, tels qu'ils doivent découler de la personnalité de la femme, à aborder, d'une façon détaillée, ces rapports pécuniaires et cette organisation économique entre époux à l'étude desquels la troisième partie sera consacrée. Il est bon cependant d'avoir dès maintenant présent à la mémoire l'ensemble des conditions du problème, telles qu'elles se posaient à cette époque déterminée de l'évolution juridique.

Il est certain que la théorie du mandat tacite répondait à cette double préoccupation et ce fut la raison de son admission.

Quelques auteurs préférèrent, pendant un certain temps, lui opposer une autre conception, voyant dans l'autorisation tacite du mari le moyen d'obvier à l'incapacité de la femme dans le domaine ménager.

Pour ces derniers, une autorisation générale et tacite serait pré-

(1) Cf. Planiol, Ripert et Bouast, *op. cit.*, § 392, p. 314 et Colin, Capitant, Julliot de la Morandière, 8^e éd., t. I, § 619, p. 655.

sumée donnée par le mari à sa femme pour tous les actes concernant le ménage. Il ne s'agirait, en somme, que d'appliquer à la femme ménagère le régime de faveur accordé par la loi à la femme commerçante.

A vrai dire, cette manière de voir n'a pas rencontré grand accueil dans la doctrine française, la plupart des auteurs l'ignorant ou n'en faisant mention que pour la condamner (1). Un seul devait lui accorder une demi-adhésion : Planiol (2). Binet, après l'avoir condamnée dans sa thèse (3), devait la reprendre dans une note au Dalloz, dans l'hypothèse, il est vrai un peu particulière, de séparation de fait entre époux (4).

Par contre, elle devait être adoptée par un certain nombre de décisions judiciaires représentant, par rapport à la grande masse des arrêts favorables au mandat tacite, un parti d'opposition faible, mais persistant durant la deuxième moitié du XIX^e siècle. Les premières estimaient même que la femme se trouvait, dans la sphère de ses occupations domestiques, dispensée de l'autorisation maritale (5), mais la formule qui a prévalu, dans les décisions postérieures, était qu'elle possédait ici une autorisation tacite de son mari (6).

Cette théorie, pratiquement abandonnée depuis 1900 (7), devait être exceptionnellement reprise par la Cour d'Appel de Paris, le 23 novembre 1932 (8), dans l'hypothèse d'époux séparés de fait : « Si, en cas de séparation de fait, la femme peut être considérée comme *tacitement autorisée* par son mari pour les actes sans lesquels sa vie serait pratiquement impossible ou considérablement entravée,

(1) Demolombe, *loc. cit.*, n° 169 et Laurent, *op. cit.*, n° 105.

(2) Planiol (*loc. cit.*, n° 288) après avoir posé comme une nécessité le rôle de la femme dans les choses du ménage, ajoute : « Il y a incertitude sur la qualification juridique qui convient à ce pouvoir donné par le mari. Est-ce une autorisation ? Est-ce un mandat ? La femme, en faisant ces différents actes, agit à la fois au nom de son mari et au sien, et le pouvoir qu'elle a reçu vaut à la fois mandat et autorisation ».

(3) Binet, *op. cit.*, p. 34.

(4) Binet, note au D. 1905, 2.249. Critiquant la théorie d'un mandat présumé en cas de séparation de fait, il écrit : « Se désintéressant du sort de sa femme, il entend lui laisser désormais le soin de pourvoir librement à ses besoins d'existence, et lui fournit, en ce sens, toutes les autorisations nécessaires ».

(5) Cass. 7 novembre 1820, D. Rép. v° *Contrat de mariage*, n° 1006, n. I. Paris, 1^{re} mai 1823, *ibid*, n° 1007, n. 2.

(6) Douai, 24 décembre 1833, D. 1847-2-59 ; Cass. Civ., 21 février 1872, D. 1873.1.66 ; Alger, 19 mars 1874, D. 1875-2-59 ; Paris, 5 mars 1895, *Gaz. Pal.* 1895-1-419 ; Paris, 23 février 1849, D. P. 1849-2-135 ; Paris, 23 août 1851, D. P. 1852-2-210.

(7) Paris, 5 février 1895, *Gaz. Pal.* 1895.1.325.

(8) Paris, 23 novembre 1932, D. P. 1934.2.97. Le Tribunal civil de Clamecy, le 24 juillet 1902 (*Le Droit* du 23 octobre 1902) avait admis la théorie du mandat tacite tant que les époux vivent ensemble, mais fait appel à l'idée d'autorisation tacite durant l'instance en séparation de corps.

encore faut-il contenir dans de justes limites cette autorisation tacite qui ne saurait, en particulier, aller jusqu'à permettre à la femme de se livrer à des opérations de bourse. »

Si cette théorie présentait l'avantage d'impliquer la reconnaissance du rôle personnel de la femme dans les dépenses ménagères, il est certain qu'elle ne pouvait être admise, car elle répondait très mal à l'organisation économique de la société conjugale caractérisée, nous le savons, par une concentration des ressources et des charges sur la tête du mari. Tacitement autorisée, la femme va certes pouvoir passer les contrats domestiques, mais elle va contracter en son propre nom et par suite assumer pour son compte les obligations résultant de ses contrats et relatives à des dettes concernant l'entretien de la famille. Sans doute, sous le régime de communauté, ce résultat est-il tempéré par l'application de l'article 1419 du C. Civ. qui déclare que les dettes contractées par la femme avec le consentement du mari, obligent le mari et la communauté. Mais c'est là un tempérament propre au seul régime de communauté.

Cette théorie était d'ailleurs juridiquement inadmissible, puisqu'elle se heurtait à l'ancien article 223 du Code, qui prohibait les autorisations générales et à l'article 217, d'où il résultait que les autorisations maritales ne pouvaient résulter que du concours du mari à l'acte (1).

Contraire aux principes généraux de droit, cette théorie n'aura pas à nous retenir plus longtemps.

Il est certain que de ce point de vue, la théorie du mandat était bien conforme aux exigences de la situation. Elle permettait à la femme de contracter seule pour les besoins du ménage. Si l'incapacité juridique fait obstacle, dans notre droit moderne, à ce que la personne qui en est frappée agisse seule, en son propre nom, elle n'empêche nullement celle-ci de contracter librement pour le compte d'autrui (2). La femme mandataire est aussi capable que

(1) Civ. 22 novembre 1893, D. P. 1894.1.286 ; Civ. 7 juillet 1896, D. P. 1898.1.18 ; Civ. 20 juin 1922, D. P. 1922.1.200.

Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 5^e éd., T. VIII, § 509, texte et note 49 quater, p. 121 ; Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 9^e éd., T. III, n° 1098 ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 4^e éd., T. I, p. 638 ; Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, *Du contrat de mariage*, T. I, n° 499 ; Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 395.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, T. V, p. 137, n° 2. Cf. aussi Planiol, *op. cit.*, T. II, n° 2240.

si elle était autorisée, ou pour mieux dire, la question de capacité ne se pose plus pour elle.

D'un autre côté, le système du mandat tacite avait le grand avantage de permettre à la femme d'engager le mari par ses actes ménagers sans contracter personnellement d'engagement. En vertu de la représentation juridique incluse dans le mandat, les actes accomplis par la femme, mandataire, sont considérés comme l'œuvre personnelle du mari, mandant, et les effets de l'activité juridique de la première se transportent sur la tête du second.

Que cette théorie répondît aux nécessités juridiques de la situation, cela n'est point douteux, mais d'autres pouvaient, peut-être aussi, atteindre au même résultat. Était-elle nécessaire et découlait-elle légalement de certains textes ou principes du code civil ?

Certains auteurs ont, en effet, voulu découvrir dans les textes du code des règles qui impliqueraient l'existence du mandat tacite. On peut les grouper en trois catégories, les premiers s'appuyant sur l'article 1420 du code civil, les seconds faisant état de l'article 214, les derniers enfin, utilisant l'obligation du mari de supporter les charges du ménage.

1° L'article 1420 du Code Civil.

« Toute dette qui n'est contractée par la femme qu'en vertu de la procuration générale ou spéciale du mari est à la charge de la communauté et le créancier n'en peut poursuivre le paiement ni contre la femme, ni sur ses biens personnels. »

Marcadé (1) fut le premier auteur à voir dans l'article 1420 un texte consacrant directement la théorie du mandat tacite. Pour lui, c'était là une idée tellement évidente et conforme aux principes que, pour justifier l'insertion par le législateur de ce texte dans la loi, il fallait lui donner un sens implicite différent de l'idée qu'il exprime ; en édictant cette disposition, les rédacteurs du Code auraient eu en vue son application à une classe de dettes pour lesquelles la procuration du mari doit être considérée comme existant par la nature même des choses, précisément aux dettes contractées par la femme pour l'entretien des enfants ou le sien propre ou pour les besoins du ménage.

(1) Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 8^e éd., T. V, art. 1420, p. 555.

Rodière et Pont (1), puis Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, devaient donner leur appui à cette thèse. Ces derniers déclaraient : « que l'article 1420, dont la formule embrasse d'autres hypothèses (que celle du mandat domestique), semble pourtant fait principalement pour elle » (2).

Au contraire, Laurent (3), Planiol et Ripert (4), estimaient que l'article 1420 vise seulement un mandat écrit ou tout au moins exprès, puisqu'il parle d'une procuration générale ou spéciale et que le mot procuration doit être entendu dans le sens de l'article 1992, qui suppose un mandat écrit ou verbal, donc exprès. Par conséquent, il ne saurait être question pour ces auteurs de trouver dans ce texte le fondement du mandat domestique.

Les décisions des tribunaux ont parfois fait appel à l'article 1420 pour appliquer le mandat domestique. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour d'Appel de Dijon du 3 mai 1911, déclare que : « le mari est tenu personnellement de la dette contractée par la femme commune en biens dans les limites du mandat tacite, qu'aux termes de l'article 1420 elle est présumée avoir reçu de son mari, chef de la communauté » (5).

Un jugement du Tribunal Civil de la Seine décide parallèlement : « La femme, aux termes de l'article 1420, est réputée agir comme mandataire tacite de son mari lorsqu'elle fait des achats relatifs à l'administration du ménage et à l'entretien de la famille » (6).

D'autres tribunaux ont, par contre, refusé d'admettre cette thèse et il est une décision qui paraît résumer avec exactitude la position de la question : « Attendu que rien dans cette disposition art. 1420, non plus que dans les travaux préparatoires de sa rédaction (7), n'indique qu'elle ait été spécialement écrite en vue du mandat domestique ; que sa formule est aussi large que possible, puisqu'elle embrasse toutes les hypothèses où la femme agit « en vertu de la

(1) Rodière et Pont, *Traité du contrat de mariage*, 2^e éd., T. II, art. 1420, p. 555.

(2) Baudry-Lacantinerie, *Iu contrat de mariage et des régimes matrimoniaux*, 3^e éd., T. 1, art. 500, p. 440.

(3) Laurent, *op. cit.* t. XXII, n° 5.

(4) Planiol et Ripert, *op. cit.*, II^e éd., t. III, § 1099, p. 151.

(5) Dijon, 3 mai 1911, *Rec. Dijon*, 1911, p. 165.

(6) Trib. Seine, 5 février 1895, D. P. 1895.2.495 ; Voir dans le même sens Trib. Vouziers, 24 avril 1895, *Gaz. Pal.* 1896.1.322 ; Trib. Seine, 10 décembre 1901, D. P. 1904.2.238 ; Trib. paix Ivry-sur-Seine, 1^{er} mai 1931, *Gaz. Trib.* 1931.2.146.

(7) On ne trouve rien, en effet, dans les travaux préparatoires, pas plus dans Fenet, t. XIII, que dans Locré, t. XIII, p. 79.

procuration générale ou spéciale du mari », ce qui doit s'entendre aussi bien du mandat exprès que du mandat tacite, d'un mandat quelconque que de celui qui a pour objet de pourvoir à l'entretien du ménage ; mais que surtout cette formule a uniquement pour but de déterminer quels sont, au regard de la communauté et des époux, les effets du mandat donné par le mari à la femme, lorsqu'il est prouvé exister ; que ces effets sont déterminés conformément aux principes généraux du mandat et, qu'à ce point de vue, la disposition de l'article 1420 n'est qu'une application particulière aux rapports des époux communs en biens des articles 1994 et 1998 du Code Civil » (1).

En résumé, il nous paraît impossible de fonder la thèse du mandat domestique sur l'article 1420 du Code Civil. Si, contrairement à l'opinion de Laurent et ainsi que l'a judicieusement fait remarquer Binet, nous estimons que cet article n'exclut pas l'hypothèse du mandat domestique (on ne comprendrait pas, en effet, que, seule, une dette contractée par la femme mariée munie d'un mandat écrit ou oral de son mari soit à la charge de la communauté, à l'exclusion des dettes engagées par elle en vertu d'un mandat tacite), en revanche il nous paraît inacceptable d'admettre, à l'opposé, que l'article 1420 vise essentiellement le mandat domestique. Cet article nous indique seulement les effets d'une procuration donnée par le mari à la femme ; comme il ne nous en dit pas les cas d'application, il ne peut servir de fondement à la théorie du mandat tacite (2). La doctrine qui prétendait tirer parti de ce texte pour prouver la reconnaissance légale du mandat domestique est donc, à notre avis, mal fondée.

2° L'article 214 du Code Civil.

La théorie du mandat domestique aurait trouvé une base plus solide, aux yeux de certains, dans l'article 214 du Code Civil, alinéa

(1) Paris, 14 avril 1904, D. P. 1905.2.249. Voir dans le même sens : Trib. paix 5^e arrond. Paris, 14 avril 1905, D. P. 1905.2.250. Trib. de l'empire allemand, 13 mai 1898, S.1901.4.3.

(2) Cf. Rouast, *op. cit.*, § 392, p. 315 dans Planiol et Ripert : « (L'article 1420) est un simple rappel du principe que la femme ne s'oblige pas quand elle agit comme mandataire du mari ; il ne dit pas que la femme a un mandat pour toutes les dépenses du ménage », Baudry-Lacantinerie et Wahl, 3^e éd., t. XXIV, § 486 *ter*, p. 257, qui, sans s'en expliquer, décident « que ce n'est pas sur les articles 1420 et 1421 que repose le mandat tacite ».

I, selon lequel « le mari est obligé de fournir à la femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de sa vie, selon ses facultés et son état. »

Ainsi pense M. Bartin, pour qui « le mandat domestique est un mandat très particulier lui-même, en ce sens qu'il intervient du chef du mari, à raison de l'obligation légale qui pèse sur lui : art. 214 » (1).

Quelques décisions ont fait application de cette thèse, ainsi un jugement du Tribunal de paix de Paris du 28 octobre 1904 (2). Un arrêt de la Cour de Paris a repris la même thèse récemment : « Lorsque, eu égard à la fortune des époux et au train de vie qu'ils menaient à l'époque où la femme a fait l'acquisition d'un bijou, cette acquisition restait dans les limites du mandat tacite donné par le mari à sa femme pour les besoins du ménage et notamment pour se procurer les choses nécessaires qu'il était tenu de lui fournir, en vertu de l'article 214 du Code Civil, le défaut d'autorisation de la femme ne saurait être opposé au fournisseur » (3).

Cependant, nous ne pensons pas qu'il soit possible de fonder le mandat domestique sur l'article 214 du Code Civil, et cela pour deux raisons. D'une part, le domaine d'application du mandat domestique déborde le cadre de l'article 214. Le mandat domestique vise à permettre à la femme d'assurer, non seulement sa propre subsistance, mais aussi celle de son mari et de ses enfants, en un mot la vie du ménage, alors que l'article 214 ne concerne que l'obligation du mari de pourvoir à l'entretien de son épouse. D'autre part, même pour les achats de la femme visant à son propre entretien, l'article 214 indique le résultat à atteindre, à savoir l'obligation du mari : il n'implique pas tel ou tel procédé juridique pour y parvenir. D'ailleurs l'article 214 demande à être expliqué et complété par

(1) Aubry et Rau, 5^e éd., t. VIII, § 509, n° 48 bis, p. 120. Cf. Laurent, *op. cit.*, t. XXII, § 105, p. 121. Binet, *op. cit.*, p. 31.

(2) Trib. paix, Paris, 28 octobre 1904, *Gaz. Pal.*, 1904.2.613 « l'obligation du mari de pourvoir à l'entretien de sa femme est corrélatrice de l'obligation d'habiter avec son mari ; dès lors que cette obligation est considérée comme ayant cessé, la présomption d'un mandat tacite donné par le mari à sa femme ne peut plus être admise ». Cf. Cass., 17 décembre 1901, *D. P.* 1903.1.153.

(3) Paris, 31 janvier 1935, *Gaz. Pal.*, 1935.1.528. Voir également : Trib. Seine, 14 décembre 1923, *Gaz. Trib.*, 9 novembre 1924 ; Colmar, 1^{er} février 1928, *Rev. d'Alsace-Lorraine*, 1928, p. 303 ; Trib. Paix, Toulouse, 26 octobre 1932, *D. P.* 1933.2.107 dont les termes ne peuvent prêter à équivoque : « Le mandat tacite conféré à la femme mariée par rapport aux dépenses nécessaires ou simplement utiles n'est pas autre chose que l'exécution individuelle par le mari de l'obligation alimentaire et d'entretien vis-à-vis de sa femme dérivant du mariage et du devoir d'assistance ».

l'article 212 qui le précède, aussi nombreux sont les auteurs (1) qui ont vu dans l'obligation du mari de subvenir aux charges du ménage, le fondement de la théorie du mandat domestique.

3° L'obligation du mari de subvenir aux charges du ménage.

La Jurisprudence a, souvent, fait appel à cette obligation pour justifier la théorie du mandat tacite. Un jugement du Tribunal Civil de la Seine du 14 mars 1889 décide que « pendant la communauté, le mari est tenu de supporter les charges du ménage et... par suite, la femme qui a fait des acquisitions pour son usage personnel, est présumée les avoir faites en vertu du mandat tacite de son mari » (2) et le même Tribunal expose dans un jugement du 23 juillet 1897 : « C'est toujours le mari qui doit pourvoir (aux charges du ménage) ; en pratique, le mari satisfait aux dépenses du ménage par l'intermédiaire de la femme munie de son mandat tacite » (3). Cette idée se retrouve dans un arrêt de la Cour de Paris, en date du 18 novembre 1899 (4).

Binet a repris cette thèse dans les termes suivants : « En définitive, c'est parce que le mari est légalement tenu de pourvoir aux besoins de la famille que l'on peut légitimement admettre qu'il a donné à sa femme mission de contracter en son nom avec les fournisseurs du ménage (5).

Et les auteurs qui, antérieurement à la loi du 22 septembre 1942, ont suivi cette opinion, s'étendaient longuement sur la démonstration de l'existence de cette obligation du mari sous tous les régimes matrimoniaux (6). Celle-ci est devenue inutile avec la nouvelle rédaction de l'article 214, qui énonce en des termes qui ne peuvent prêter à aucune équivoque : « *L'obligation d'assumer ces charges (du ménage) pèse à titre principal sur le mari.* »

Doit-on accepter cette thèse ?

Indépendamment du point de savoir en quoi consiste cette obligation et quelles en sont les conséquences (7), le problème est de

(1) En particulier : Laurent, *op. cit.*, § 105, p. 121 et Binet.

(2) Trib. Seine, 14 mars 1889, *D. P.* 1891.2.257.

(3) Trib. Seine, 23 juillet 1897, *le Droit*, 7 décembre 1897.

(4) Paris, 18 novembre 1899, *Gaz. Pal.*, 1899.2.597. Cf. Trib. paix, Paris, 17 janvier 1908, *La loi du 7 février 1908*.

(5) Binet, *op. cit.*, p. 42. Cf. Jary, *Les dettes de ménage*, pp. 33 et s.

(6) Lecorte, *op. cit.*, p. 45 et Jary, *op. cit.*, p. 35.

(7) Nous aurons à résoudre ces questions dans notre troisième partie.

rechercher si, comme le pensent ses partisans, l'obligation du mari de subvenir aux charges du ménage entraîne fatalement l'existence d'un mandat tacite donné par le mari à son épouse pour les affaires domestiques. En un mot, peut-on dire, avec M. Lecomte, que, « puisque le mari est tenu envers les créanciers de toutes les charges du ménage, en abandonnant à son épouse le soin de conclure les actes ménagers, il lui confère, par là même, nécessairement un mandat ? » (1) Deux raisons nous empêchent de penser ainsi.

D'une part, si le mandat domestique trouvait son fondement dans l'obligation du mari de faire face à toutes les charges du ménage, ce mandat devrait nécessairement se modeler sur cette obligation et par conséquent exister indépendamment de toute volonté du mari, aussi longtemps que durerait le mariage. Or, le mandat tacite n'est qu'une présomption qu'il est loisible au mari de renverser. Suivre cette thèse aboutit à perdre de vue les principes du mandat par application des règles de l'obligation alimentaire. Cette confusion apparaît nettement dans un jugement du Tribunal de paix de Paris du 14 avril 1905 : « Le mandat tacite existant entre époux séparés de fait est évidemment une fiction contraire aux intentions du mari. Le mandat existe cependant partout où l'obligation alimentaire du mari existe » (2). En vérité, tous les auteurs qui ont ainsi voulu trouver dans l'obligation du mari le fondement du mandat tacite, en sont arrivés inconsciemment pour la plupart, à construire un mandat légal (3).

D'autre part, l'obligation du mari de subvenir aux charges du ménage n'exige pas la reconnaissance forcée au profit de la femme d'un mandat en matière domestique. Le mari peut, en effet, être amené à exécuter son obligation par d'autres procédés. Il peut arriver qu'il entende se charger seul de toutes les opérations ménagères et conclure lui-même les actes juridiques permettant d'assurer la subsistance et l'entretien du ménage : il peut aussi préférer, moyennant des versements périodiques effectués entre les mains de la femme, être quitte envers les tiers avec lesquels la femme

(1) Lecomte, *op. cit.*, p. 56 : « Le mandat se révèle comme le seul procédé permettant à la femme d'agir en engageant le mari par ses actes, c'est-à-dire donnant satisfaction au souci du mari d'être déchargé de sa fonction domestique, tout en respectant l'obligation légale qui lui est faite de répondre des engagements avec les tiers qu'elle contracte ». Cf. Laurent, *op. cit.*, t. XXII, § 105.

(2) Trib. Paix, Paris, 14 avril 1905, D. P. 1905.2.251.

(3) Il en va de même pour la Jurisprudence.

aura contracté pour les besoins du ménage. Il peut enfin, et c'est une solution que les auteurs favorables au mandat tacite n'ont pas envisagée, être amené à subvenir aux charges du ménage par l'intermédiaire d'autres théories adoptées pour expliquer l'activité domestique de la femme. Le Code Civil suisse nous donne l'exemple d'une législation qui, en reconnaissant au profit de la femme l'existence d'un pouvoir propre en matière ménagère, n'en proclame pas moins l'obligation du mari de subvenir aux charges du ménage. L'article 163 du Code Suisse de 1907 s'exprime, en effet, de la manière suivante : « *L'union conjugale est représentée, pour les besoins courants du ménage, par la femme comme par le mari* ». Et les motifs de l'avant-projet expliquaient cette disposition : « En tant que la femme agit dans les limites de son droit de représentation de l'union conjugale et non du mari, ses actes ne l'engagent pas elle-même, mais son mari. Cela toutefois, résulte, non de ce qu'elle représente son conjoint, mais de ce que celui-ci supporte les charges de l'union conjugale ». La théorie du pouvoir propre peut donc cadrer aussi avec l'obligation pour le mari de subvenir aux charges du ménage et celle-ci ne peut donc servir de fondement nécessaire à la théorie du mandat.

La vérité est que le Code n'a pas prévu l'organisation du pouvoir domestique de l'épouse, pas plus sous forme de mandat que sous tout autre forme. Tout ce qu'on peut dire à l'appui de la théorie du mandat, c'est que, consacrée par une jurisprudence considérable, elle constitue une coutume juridique : « Les jugements, dit M. Gény (1), surtout par leur répétition constante ou, comme nous dirons plus volontiers, par la Jurisprudence qui s'en dégage, prépareront souvent l'usage, et, bien bien que des actes, révéleront l'opinio necessitatis qui doit s'y attacher pour constituer une coutume ». Tel est aussi l'avis de M. Rouast : « La Jurisprudence tend, malgré quelques hésitations, à se fixer avec assez de netteté pour qu'on puisse considérer qu'il y a ici une véritable coutume juridique » (2).

Tout ce qu'on peut demander au Code, c'est de ne pas faire

(1) Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé*, 2^e éd., t. I, § 119 et s. Cf. Lebrun, thèse Paris, 1932.

(2) Planiol et Ripert, *Traité pratique*, t. II, n° 392. Voir aussi Nillus, thèse Paris, 1937, p. 112.

opposition par ses principes à l'établissement de la théorie du mandat tacite. Et c'est, croyons-nous, ce que l'on pouvait, avant 1942, en obtenir.

Alors que la théorie de l'autorisation tacite était, nous l'avons vu (1), d'une légalité fort contestable, point de doute, au contraire, que le Code ne souffrît un mandat tacite donné par le mari à la femme.

D'une part, il est certain que le mandat, en général, peut être formé tacitement, et, d'autre part, il ne fait pas de doute que la femme peut être mandataire de son mari.

En ce qui concerne la première affirmation, l'article 1985 se contente certes de dire que l'acceptation du mandataire peut être tacite, sans indiquer formellement que la volonté du mandant peut s'exprimer de la même manière. Mais, ainsi que le déclare Binet (2) : « il n'y a aucune raison de faire une différence entre les modes d'expression des deux volontés concourantes au contrat, et, au surplus, le principe que le mandat est un contrat purement consensuel entraîne pour lui l'admission de tous les modes de formation ». Le droit nous donne d'ailleurs de fréquents exemples de mandat tacite, que ce soit, en particulier, dans les rapports de maîtres à serviteurs pour les achats de denrées ou dans les liens qui unissent certains officiers ministériels à leurs clients (3).

Quant à savoir si la femme peut être mandataire tacite de son mari, avant la loi de 1942, cela résultait de la simple application du droit commun (4) et de l'article 1990.

Il y avait même plus raison qu'à quiconque de permettre aux époux de se donner mandat tacite ; car l'union intime et la communauté d'existence qui règnent entre eux font qu'ils sont appelés fréquemment à se représenter l'une l'autre sans que leur vienne à l'esprit l'idée de se concéder un pouvoir en forme. La loi du 9 avril 1881 sur les Caisses d'épargne avait dans son article six et dernier, consacré le principe suivant lequel la femme peut être mandataire tacite de son mari.

(1) *Supra*, p. 44.

(2) Cf. Binet, *op. cit.*, p. 40 et les références.

(3) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. XII ; *Le mandat* par Savatier, § 1464 ; Civ. 27 novembre 1935, *Gaz. Pal.* 1936.1.43 ; Civ. 30 décembre 1935, *Gaz. Pal.* 1936.1.403.

(4) Voir Hémar, *Les contrats à titre onéreux entre époux*, *Rev. Trimest. de dr. civ.*, 1938, p. 708. Savatier, *Les mandats entre époux*, *Rev. gén. pratique du notariat*, 1934, art. 83761.

Aujourd'hui, la question ne ferait aucun doute puisque l'article 218 permet expressément aux époux de se donner réciproquement mandat (1).

De cet exposé, paraît donc se dégager la conclusion suivante : la théorie du mandat tacite, qui n'était pas contraire aux règles juridiques prévues par le Code, paraissait à première vue, apporter une solution heureuse à la conciliation de cette nécessité de mœurs qui exige que ce soit la femme qui conclut les contrats de la vie journalière du ménage et de ce principe juridique qui veut que le mari prenne à son compte les charges du ménage. Mais cette théorie n'était pas nécessairement incluse dans les textes de 1804 et on aurait pu songer à la modifier si, à l'application, on découvrait qu'elle ne donnait pas satisfaction à toutes les exigences des faits et des mœurs. C'est précisément ce point qu'il va nous falloir aborder maintenant.

C. — La théorie du mandat tacite n'était pas suffisante pour répondre à toutes les nécessités des faits et aux exigences des mœurs.

Toullier proclamait avec force l'accord de la théorie du mandat tacite avec toutes les exigences de la situation et il exposait, avec complaisance, les conséquences de l'idée de mandat : « Quoique la nature semble appeler la femme au gouvernement intérieur du ménage, le mari n'en reste pas moins le seul chef, le seul maître de la communauté, en sorte que le prétendu droit de la femme n'est réellement fondé que sur la tolérance, sur le consentement tacite du mari qui peut toujours empêcher sa femme de faire aucune emplette

(1) Article 218 : « S'il n'y a pas de séparation de corps entre eux, chacun des époux peut donner à l'autre mandat de le représenter dans l'exercice des pouvoirs que le contrat de mariage lui attribue ». La rédaction de ce texte est loin, d'ailleurs, de mériter approbation sans réserve. D'une part, en effet, il semblerait qu'un époux ne pourrait donner à son conjoint que le mandat d'exercer les pouvoirs que le contrat de mariage lui attribue. Or il serait absurde d'interpréter littéralement ce texte et de dire que le mandat serait interdit entre époux mariés sans contrat ou qu'un époux ne pourrait donner à l'autre un mandat relatif à un bien personnel par rapport auquel le contrat de mariage ne modifie en rien les pouvoirs qui tiennent à la qualité de propriétaire.

D'autre part, on ne voit pas bien pour quels motifs le mandat ne serait valable que « s'il n'y a pas séparation de corps ». Certes le contrat de mandat suppose entre les parties un rapport de confiance que dément, en général, l'état de séparation de corps, mais c'est là une observation de pur fait et, en droit, on ne voit pas la raison de cette restriction. Nous verrons, plus loin, si, pour expliquer cette incidente, il faut admettre l'opinion suivant laquelle le législateur a, ce faisant, songé au mandat légal, auquel la séparation de corps mettrait fin ; la disposition aurait alors été mieux à sa place dans l'article 220.

pour le ménage, les faire lui-même ou les faire faire par d'autres, permettre à la femme d'en faire d'une certaine nature et lui interdire les autres ; en un mot, limiter ou étendre ses pouvoirs comme il lui plaît ; lui donner l'argent nécessaire pour les emplettes du ménage et l'entretien de la famille, le donner au fur et à mesure qu'elles sont faites, lui donner par abonnement tant par mois, tant par an, en lui recommandant de ne jamais acheter à crédit. La femme, qui doit obéissance à son mari, doit se conformer à toutes ses instructions et ne pas contrevenir à ses ordres » (1).

Si Toullier pouvait se féliciter d'un tel état de choses, il est certain qu'aujourd'hui une telle conception n'est plus en accord avec les idées modernes du rôle de la femme dans le ménage, telles que nous les avons exposées.

Mais ce n'est pas surtout, et certainement pas à l'origine, en raison de cette conception moderne du rôle de la femme dans la communauté conjugale que la théorie du mandat tacite fut attaquée, puis progressivement amendée. Au contact des réalités journalières, la Jurisprudence devait être amenée à constater qu'elle ne s'adaptait pas à toute la complexité des faits.

1° La théorie du mandat tacite était insuffisante pour protéger les divers intérêts en présence.

L'application stricte de la théorie du mandat tacite ne pouvait donner satisfaction aux intérêts légitimes de la femme d'une part, des tiers contractant avec elle de l'autre.

Deux exemples nous le feront comprendre en ce qui concerne l'épouse.

Si la présomption d'un mandat donné par le mari à sa femme est admissible dans l'hypothèse normale de vie commune des époux, il est certain qu'elle devient inacceptable lorsque les époux vivent séparés, puisque, précisément, les époux ont marqué par leur séparation leur volonté de ne plus s'intéresser l'un à l'autre. Mais il n'en demeure pas moins que la femme abandonnée par son mari ou même séparée de lui d'un commun accord, doit pouvoir continuer à engager le mari pour vivre et, le cas échéant, faire vivre

(1) Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 6^e éd., t. VI, n° 269.

ses enfants. L'obligation d'entretien continue d'ailleurs à peser sur le mari. La Jurisprudence s'est donc trouvée dans la nécessité de choisir entre deux voies : maintenir la théorie du mandat tacite malgré la volonté contraire du mari et, dans ce cas, aboutir à la reconnaissance au profit de l'épouse d'un véritable mandat légal, ou recourir à d'autres théories complémentaires qui lui permettent d'atteindre le même résultat, à savoir la condamnation du mari pour les dépenses ménagères de la femme.

La jurisprudence fut placée devant le même dilemme au cas de révocation des pouvoirs ménagers par le mari sans raison. Si, en effet, ces pouvoirs émanent de la libre volonté du mari, celui-ci devrait pouvoir ne pas les accorder ou les révoquer à sa guise, selon son bon plaisir ; mais raisonner ainsi serait laisser la femme à la merci de son mari qui pourrait empêcher celle-ci de faire les dépenses nécessaires à l'entretien du ménage alors que l'obligation d'entretien demeure à la charge du mari. La Jurisprudence sentit qu'une telle conséquence ne pouvait être acceptée.

L'intérêt des tiers empêchait aussi une application logique de la théorie du mandat. Si les pouvoirs de la femme dépendent du bon vouloir du mari, qui peut, à tout instant, les révoquer, en déterminer selon son bon plaisir l'étendue, les tiers contractant avec la femme ne peuvent savoir dans quelle mesure celle-ci est habilitée à engager les biens du mari et les biens communs alors qu'ils devraient pouvoir compter, avec quelque certitude, sur la validité de son intervention et l'ouverture des recours qu'elle leur procure. La femme n'ayant ainsi qu'un pouvoir incertain dans son existence et son étendue, la situation se modifiant d'un ménage à l'autre, les tiers se refuseront à contracter avec la femme seule : la théorie du mandat tacite était donc bien insuffisante. Pour parer à ces faits, les tribunaux en vinrent donc à faire dépendre le mandat et son étendue de circonstances et d'éléments objectifs indépendants de la volonté du mari (théorie du mandat légal que nous examinerons plus loin) ou, là encore, à faire appel à des théories complémentaires dont le seul emploi prouve clairement que la théorie du mandat tacite, ne répondait pas à une vue exacte et complète de la situation (1).

(1) Les auteurs qui, au nom des principes, condamnent le maintien du mandat tacite, sont unanimes à remplacer l'action née du mandat par le recours que réclame l'équité.

Ces théories complémentaires peuvent se ramener à quatre : l'action oblique, la gestion d'affaires, l'enrichissement sans cause et la responsabilité délictuelle. Toutes sont d'application délicate et bien loin d'être, au point de vue des tiers, aussi efficaces que l'application du mandat.

I. — *L'action oblique.*

Certains auteurs comme certaines décisions jurisprudentielles étaient partisans, au cas de disparition de l'action de mandat, d'une action fondée sur l'article 1166 (1). La femme est bien créancière du mari puisque le mari est tenu de fournir à son épouse « *tout ce qui est nécessaire pour les besoins de sa vie selon ses facultés et son état* » ; il est dès lors admissible que les fournisseurs puissent poursuivre le conjoint au lieu et place de leur cliente, si celle-ci néglige de le faire elle-même.

En réalité, cette théorie ne pouvait jouer de façon générale et son champ d'action a été longtemps extrêmement réduit.

En effet, l'action oblique suppose un créancier qui exerce l'action de son débiteur. Or, si la femme est créancière de son mari, il n'est pas exact, par application de la théorie du mandat, que la femme soit débitrice des fournitures, tant qu'elle se tient dans la limite des pouvoirs ménagers : un mandataire ne s'engage pas personnellement. L'action indirecte ne serait, de ce point de vue, possible que si la femme excédait ses pouvoirs domestiques. Mais comme l'action suppose, nous l'avons vu, que la femme soit créancière de son mari, c'est-à-dire que l'acte passé par la femme rentre dans le champ d'application de ses pouvoirs domestiques, on se trouve, en réalité, en présence de deux conditions contradictoires qui devraient être réunies pour qu'on puisse juridiquement faire appel à l'article 1166. Ce raisonnement a perdu toute sa portée depuis la loi du 18 février 1938 qui a supprimé l'incapacité de la femme mariée. Puisque par hypothèse, les fournisseurs connaissaient la disparition du mandat de la femme par suite d'une révocation ou d'une limitation du mari ou d'une séparation des époux, ils ont pu légitimement penser que la femme s'obligeait sur ses

(1) Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. XVI. Laurent, *op. cit.*, t. XX, n° 334. Besançon, 25 juillet 1866, D. 1866.2.150 ; Trib. Versailles, 16 juillet 1873, et Paris, 1 mai 1874, D. 1875.2.41.

biens personnels, ce qu'elle peut faire valablement. Créanciers personnels de la femme, ils peuvent donc exercer l'action fondée sur l'article 1166.

Mais, même depuis 1938, cette théorie demeure insuffisante. Les auteurs qui la soutiennent, entendent que les fournisseurs puissent s'en servir pour obtenir directement du mari le paiement de ce qu'il doit à sa femme jusqu'à concurrence de la dette contractée par celle-ci. Or, l'action oblique est exercée, par définition, au nom du débiteur par ses créanciers et elle a simplement pour but de faire rentrer dans son patrimoine la valeur qu'il en a laissé échapper et, par suite, de maintenir intact le gage général qu'il offre à ses créanciers. Appliquer ici l'action oblique serait la dénaturer, lui faisant perdre son caractère conservatoire, pour lui appliquer les mêmes effets qu'à une saisie-arrêt.

2. — *La gestion d'affaires.*

On a alors voulu faire appel à l'idée de gestion d'affaires. Pour les partisans de cette théorie, le fournisseur qui consent à une femme mariée des avances dans l'intérêt du ménage, se substitue, par le fait même, au mari dans l'accomplissement de son devoir d'entretien et a droit (art. 1375), comme tout *negotiorum gestor*, au remboursement de ses dépenses utiles par le maître de l'affaire. Ainsi les créanciers auraient un droit direct contre le mari (1).

De sérieuses difficultés s'élèvent malheureusement contre un tel raisonnement et l'application, dans notre hypothèse, des principes de la gestion d'affaires ne satisfait pas l'esprit.

Dans sa conception primitive, le quasi contrat de gestion d'affaires se fonde sur l'autonomie de la volonté, et suppose chez le gérant l'intention de représenter (2), une immixtion volontaire de sa part dans les affaires d'autrui et l'absence de toute opposition de la part du géré. Or, les fournisseurs traitant avec une femme, ne songent nullement à suppléer le mari défaillant dans son obligation d'entretien. Quant à l'attitude du mari, ce sont précisément dans les cas où il fait défense aux tiers de consentir quelque avance à sa femme, qu'il faut recourir à la gestion d'affaires.

(1) Cass., 16 juillet 1889, *D. P.* 1891.1.153. Cf. Req., 29 février 1876, *D. P.* 1876.1.382.

(2) Ripert et Teissière, *De l'enrichissement sans caus*, *Rev. Trim. de Dr. Civ.*, 1904 ; Tumerelle, *op. cit.*, pp. 69 et s. ; Lefrançois, *Les dettes de ménage*, p. 52.

La Jurisprudence a donc dû donner à la *negotiorum gestio*, quand elle y a fait appel en ce domaine, une extension contraire à ces principes, l'appliquant à qui s'ingérait même involontairement dans les affaires d'autrui (1), et se réservant de décider que l'opposition du mari, étant injustifiée, n'enlevait pas aux tiers le droit à indemnité (2). Il en est ainsi notamment lorsqu'un médecin a donné des soins médicaux urgents et indispensables à une femme mariée, la Jurisprudence actuelle ayant tendance à accorder l'action de gestion d'affaires au gérant, même involontaire; des affaires d'autrui, lorsqu'il s'agit « d'une gestion d'ordre professionnelle accomplie sans intention libérale » (3).

C'est ainsi que le Tribunal de paix de Toulouse a, le 27 octobre 1932 (4), condamné un mari qui s'était opposé pourtant à ce que sa femme, séparée de lui, subisse une opération chirurgicale urgente dans une clinique privée, à payer le chirurgien « qui peut être considéré comme un gérant ayant bien géré les affaires du mari ». La Cour de Dijon, faisant droit, dans une affaire identique, à la demande du mari contre le docteur, écartait, le 21 juin 1932, l'objection tirée de l'opposition du mari : « Considérant que si, en principe, l'action *negotiorum gestorum* ne peut être exercée lorsque la gestion a été faite contre la volonté expressément manifestée du maître, du moins pour le remboursement des dépenses postérieures à la ratification de la défense de gérer, c'est à la condition que cette notification ait pu, à elle seule et par elle-même, mettre fin ipso facto à la gestion. Mais considérant qu'en fait, étant donné la gravité de la maladie dont la dame Henimann était atteinte, il appartenait à son mari... de prendre les dispositions nécessaires pour contraindre la dame Henimann à quitter l'établissement du docteur Feuillade, mais aussi pour lui procurer les moyens de se soigner dans d'autres conditions qu'il aurait pu juger moins onéreuses et plus proportionnée à ses besoins » (5). Le mari n'ayant pris aucune mesure pour décharger le gérant de l'obligation de poursuivre la gestion commencée, ses protestations n'ont pu y mettre fin.

(1) *Note* Nast au D. 1933.2.107.

(2) Besançon, 15 juillet 1874, S. 1875.2.9. Civ., 11 janvier 1874, S. 1874.1.305. Trib. Seine, 18 février 1905, *Gaz. Trib.*, 1906.11.2, p. 41.

(3) Cass. Req., 20 janvier 1910, D. 1911.1.370. Planiol, Ripert et Esmein, *op. cit.*, t. VII, n° 731. Demogue, t. III, n° 45.

(4) Trib. paix, Toulouse, 26 octobre 1932, D. P. 1933.2.207; *Gaz. Trib.*, 1932.2.309.

(5) Dijon, 21 juin 1932, S. 1932.2.209.

Cette jurisprudence aboutit à modifier complètement la gestion d'affaires, celle-ci devenant une institution objective à fondement non plus intentionnel, mais légal. M. Picard s'est réjoui de cette transformation : « La gestion d'affaires s'est présentée à nous comme un instrument d'une merveilleuse souplesse, susceptible d'être utilisée pour les fins les plus diverses... Elle constitue un moyen de recours excellent dans les cas rendus de plus en plus normaux par la vie moderne où un individu tire profit de l'activité d'un autre, et, à ce titre, elle se rapproche singulièrement de l'action de in rem verso qui, elle aussi, sanctionne un profit injustement réalisé sur autrui » (1).

On peut cependant se demander s'il était bien nécessaire de recourir à cette théorie, en la faisant sortir de son cadre normal. Il était préférable, à notre avis, si l'on voulait garder la théorie du mandat tacite, d'accorder aux créanciers l'action de in rem verso, fondée sur l'enrichissement sans cause.

3. — *L'enrichissement sans cause.*

Il est certain que l'application de l'action de in rem verso ne présentait pas les mêmes obstacles que les deux précédentes. Lorsqu'un tiers fait une avance à une femme mariée dans l'intérêt du ménage, il s'appauvrit injustement et le mari défaillant s'enrichit sans cause puisque, dans toutes les hypothèses que nous examinons, le mari reste tenu, en vertu de la disposition générale de l'article 214 du Code Civil, de pourvoir à l'entretien de sa femme. L'équilibre juridique pourra être rétabli par l'action de in rem verso et les créanciers pourront poursuivre le mari dans la mesure exacte de ses obligations personnelles.

Cette théorie fut accueillie très largement en Jurisprudence (2).

De la notion d'enrichissement sans cause, découlent les conséquences suivantes : l'action n'existera que s'il y a réellement enri-

(1) M. Picart, *Rev. Trim. de Dr. Civ.*, 1921, pp. 419 à 467 et 1922, pp. 5 à 54.

(2) Poitiers, 23 décembre 1889, D. P. 1890.2.359. Paris, 30 novembre 1899, D. P. 1900.2.105. Trib. paix, Ivry-sur-Seine, 24 avril 1906, D. P. 1907.5.2. Trib. civ. Seine, 27 avril 1931, D. P. 1931, p. 374. Poitiers, 2 décembre 1907, D. P. 1908.2.332. Dijon, 7 février 1928, D. P. 1928.2.169, note Voirin. Cf. surtout Req., 30 novembre 1937, S. 1938.1.177 ; note de M. Vialleton. M. Rouast est favorable à l'emploi de l'action de in rem verso : *L'enrichissement sans cause et la Jurisprudence*, Rev. Trim. de Dr. Civ., 1922, p. 47. *Cours de droit civil approfondi*, Paris, 1934-1935, Demogue, *Traité des obligations*, t. III, n° 152.

chissement ; elle ne sera donnée que dans la mesure de ce profit. Ainsi cette action peut être admise dans le cas de séparation de fait due à la faute du mari ou de séparation amiable, lorsque le mari n'aura pas pourvu directement aux besoins de son épouse, par exemple en ne lui versant pas une pension alimentaire (1). Les tiers pourront légalement l'exercer pour obtenir le paiement de dettes de fournitures contractées par la femme au cours d'une instance en séparation de corps ou en divorce, enfin dans l'hypothèse de disparition du mandat tacite par la volonté expresse et publiée du mari, celui-ci ne pouvant, à sa guise, se décharger de toute responsabilité dans l'entretien du foyer (2).

Sans compter que cette action fondée sur l'enrichissement sans cause était moins favorable aux tiers intéressés que l'action contractuelle, il est paradoxal, à notre avis, de sanctionner par l'action de in rem verso, à caractère subsidiaire (3), des obligations dont le Code civil contenait l'énoncé formel : toute obligation légale doit comporter une sanction particulière et il nous paraît plus normal de poursuivre le mari en se fondant directement sur les articles 212 et 214 du Code Civil et en calquant les pouvoirs de la femme sur l'obligation d'entretien du mari, en leur donnant en définitive une origine légale, indépendante de la volonté du mari.

4. — *La responsabilité délictuelle.*

Il reste enfin à examiner la quatrième théorie qui fut mise en avant, pour pallier aux insuffisances de la théorie du mandat tacite, à savoir l'application de l'idée de responsabilité délictuelle du mari. Son application est de date relativement récente et se ramène à deux espèces célèbres.

Ce fut tout d'abord l'affaire des époux Bernis. La situation était peu favorable à l'idée de mandat tacite. La mésentente régnait entre les époux et ceux-ci vivaient depuis de longues années séparés, le mari se désintéressant complètement des actes de sa femme. Or, celui-ci poursuivait l'annulation d'un dépôt fait en banque par la

(1) Nous verrons que, si la séparation n'a pas été connue des tiers prudents, la présomption de mandat subsiste et l'action de in rem verso, qui est une voie de recours subsidiaire, ne peut alors être employée.

(2) Cass., 12 janvier 1874, D. 1874.1.153. Affaire Chanay.

(3) Sur le caractère subsidiaire de l'action de in rem verso, voir Rouast : *Rev. Trim. de Dr. Civ.*, 1922, pp. 82 et s. Jesserand, *op. cit.*, 2^e édit., t. II, n° 574. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 3^e édit., § 47.

femme, à seule fin de s'approprier les bénéfices qu'elle avait réalisés. L'équité commandait de débouter le mari, la question se posait dès lors de valider l'action de la femme. Le Tribunal de Commerce, appelé le premier à connaître de l'affaire, avait, le 8 juillet 1903, invoqué une prétendue autorisation tacite du mari. La Cour d'Appel de Paris, le 5 janvier 1904, préféra étendre la théorie du mandat tacite en élargissant le cercle des dépenses ménagères (1). C'est alors que la Cour de Cassation, présentant un troisième raisonnement pour justifier la même solution, invoqua une faute commise par les deux époux : « attendu que le mari s'était désintéressé des agissements de sa femme et qu'il avait ainsi, en facilitant par son indifférence pour les agissements de celle-ci les manœuvres frauduleuses, induit les tiers en erreur sur la situation légale de sa femme et commis un quasi délit le rendant non recevable à se plaindre des faits qui engagent sa responsabilité personnelle » (2).

La Cour de Paris, dans une hypothèse semblable, repoussant l'idée d'autorisation tacite (3), confirme, le 23 novembre 1932, la Jurisprudence des époux Bernis (4). Les tribunaux appliquent à la femme les articles 1307 et 1310 du Code civil lorsqu'elle a caché aux tiers avec lesquels elle a contracté, sa qualité d'épouse. Or, le mari a, consciemment ou non, contribué, par son inaction, à faire acquiescir à sa femme un état apparent qui est faux et qui a trompé les tiers sur sa capacité. Il ne pourra, en conséquence, demander la nullité des actes passés par sa femme.

Par ces divers moyens, les tribunaux atténuaient les rigueurs de la logique juridique ; la théorie du mandat tacite ainsi complétée était mise en accord avec les nécessités pratiques et les exigences de l'équité et de la bonne foi. Mais ces emprunts à des théories multi-

(1) Cette espèce montre très nettement les deux voies qui s'offraient à la Jurisprudence devant l'insuffisance de la théorie du mandat tacite : l'appliquer malgré la volonté contraire du mari ou recourir à des théories complémentaires pour parvenir au même résultat.

(2) Req., 8 novembre 1905, D. P. 1906.1.14 ; S. 1907.1.145, note Hémard.

(3) La Cour de Cassation, nous l'avons vu, a, dans le même arrêt, affirmé que l'idée d'autorisation tacite était exacte pour expliquer les pouvoirs ménagers de la femme dans des circonstances normales.

(4) D. P. 1934.2.97. « En abdiquant ainsi tous les attributs de la puissance maritale, le mari a favorisé ou facilité les manœuvres employées par sa femme pour induire les tiers en erreur sur sa situation légale et a commis un quasi délit civil qui engage sa responsabilité. Par suite, est mal fondée l'action en nullité des opérations de bourse faites par sa femme et exercée par lui contre le banquier intermédiaire alors du moins que celui-ci était de bonne foi et ne pouvait connaître la véritable situation de sa cliente. »

ples et qui, pour les besoins de la cause, devaient être plus ou moins transformées, prouvaient amplement l'insuffisance de la thèse du mandat tacite à remplir le but qui lui était assigné. N'est-ce pas la condamnation certaine d'une théorie juridique, que cette nécessité de la compléter par des théories étrangères, surtout, lorsque, comme nous le verrons, une autre explication des pouvoirs ménagers de la femme permet de répondre à cette complexité des faits. La raison de cette insuffisance de la théorie du mandat tacite résidait précisément dans un point de départ faux, dans une vue inexacte de la condition de la femme dans le ménage.

2° Cette insuffisance de la théorie du mandat tacite provenait d'une conception fautive sur le rôle de la femme dans le ménage.

Si les tribunaux ont été peu à peu amenés à recourir à des emprunts à des théories différentes ou à dénaturer le système du mandat, la raison en est précisément, si l'on veut aller au fond des choses, dans le fait que la théorie du mandat n'était pas conforme aux principes dominant la condition de la femme dans le ménage.

Il est faux de soutenir que, si l'épouse a à exercer des pouvoirs ménagers dans le ménage, c'est au bon vouloir de son mari qu'elle le doit. En réalité, elle tient ses pouvoirs de l'organisation de la famille et de la division des tâches qui s'opère nécessairement entre mari et femme selon les aptitudes de chacun. Du fait même qu'elle se marie, la femme est appelée au gouvernement intérieur d'un foyer et la volonté du mari n'y pourra rien changer. Les pouvoirs ménagers de l'épouse doivent donc être un effet direct du mariage. Toute la construction jurisprudentielle tendait à ce résultat. Mais, ce faisant, elle abandonnait la théorie du mandat tacite.

Nous ne voyons pas ce que présente de commun avec un mandat librement consenti et délimité, ce droit de l'épouse dont la volonté du mari ne peut fixer ni l'étendue, ni refuser ou rétracter la concession. Nous ne songeons nullement à contester l'utilité pratique de toutes ces restrictions à l'arbitraire du mari, non plus que la nécessité qui pousse à protéger les tiers de bonne foi. Mais la notion de mandat n'est plus alors qu'un prête-nom et une superfétation. En réalité, un tel droit ne mérite qu'un nom : c'est un pouvoir propre, effet nécessaire du mariage, concédé et mesuré à la femme par

l'autorité sociale et voulu par une exacte conception des droits de la femme et de sa mission dans la société conjugale.

Cette idée que les pouvoirs ménagers sont concédés à la femme par l'autorité sociale étant admise, deux voies s'offraient aux juristes pour la rendre effective : ou bien faire de la femme l'intendante légale et irresponsable du mari, ou bien reconnaître à la femme un pouvoir propre d'engager directement le mari. D'un côté on donne à la femme un pouvoir de représentation, de l'autre un pouvoir propre. Ce sont ces deux théories qui n'ont pas, d'ailleurs, été toujours suffisamment distinguées, qu'il nous faut maintenant examiner.

SECTION III

La théorie du pouvoir légal de représentation

Il est une observation préliminaire, touchant à la terminologie, qui doit être faite. On a l'habitude de recouvrir cette théorie de l'expression : théorie du mandat légal. Or, il est préférable de ne pas l'employer ; elle nous paraît, en effet, incorrecte au regard des principes juridiques, car intrinsèquement contradictoire, puisqu'il n'y a de mandat que conventionnel. Mieux vaut parler de pouvoir légal de représentation (1).

Il n'est guère possible d'aborder l'étude de cette théorie, sans exposer la solution donnée par le droit allemand à ce problème des pouvoirs ménagers de la femme mariée, sans analyser cette *Schlusselfgewalt* ou pouvoir des clés, reconnu à la femme par la législation germanique. De même que nous aurons, à propos du pouvoir propre de la femme, à étudier le droit suisse, nous devons au début de cette section examiner le droit allemand (2). Cela est d'autant plus

(1) Englober la représentation dans le mandat, c'est recouvrir d'un même terme deux catégories juridiques qui ont leurs caractères propres. On ne peut parler que de mandataire conventionnel ; dans les cas où la représentation juridique ou la représentation légale entrent en jeu, il est impossible d'appliquer le mécanisme du mandat. En vérité le mandataire constitue une variété de représentant.

Nous préférons encore l'expression de « pouvoir de représentation » à celle de « mandat légal » parce qu'elle indique mieux que les droits de la femme lui sont reconnus par la loi, indépendamment de toute intervention du mari.

(2) La plupart des auteurs qui jugent la théorie du mandat tacite insuffisante, parlent des législations allemande et suisse comme si elles étaient identiques. Plus proches l'une de l'autre que de la théorie du mandat tacite, elles n'en demeurent pas moins profondément divergentes.

nécessaire que la législation germanique a servi de modèle au législateur français pour la réforme opérée par la loi du 22 septembre 1942.

Ayant exposé la théorie du pouvoir des clés, nous rechercherons la place qu'elle occupe dans le droit français même avant la loi du 22 septembre 1942 qui l'a législativement consacrée.

Nous serons alors à même de porter un jugement d'ensemble sur cette théorie, en nous plaçant toujours du point de vue des droits de la femme, personne humaine féminine.

§ I. — *La Schlüsselgewalt du droit allemand*

Bien que dominée par le principe de la puissance maritale, de l'Eheliche Vormundschaft, l'ancien droit allemand, jusqu'au code civil de 1896, faisait une très grande place à l'activité de l'épouse en matière ménagère. En effet, celle-ci, en vertu de ce que la tradition germanique appelle la Schlüsselgewalt, avait, dans la sphère des besoins du ménage, le droit de disposer seule du patrimoine conjugal et de l'engager vis-à-vis des tiers. C'est que, de tout temps, la conscience juridique du peuple allemand avait senti qu'il y avait dans le gouvernement intérieur de la maison un domaine réservé à la femme. Tacite nous le révèle déjà pour les anciens germains : « Delagata domus est penatium cura feminis » (1). Au Moyen Age, un proverbe ne disait-il pas : « Hausehre liegt am Weibe und nicht am Manne » (2).

A la fin de l'ancien droit encore, on se plaisait à voir dans l'épouse : « die natürliche Besorgerin der kleinen täglichen Haushaltungsbedürfnisse » (3). Or, pour permettre à la femme de remplir librement sa mission de ménagère, le droit allemand avait compris qu'il fallait l'autoriser à disposer, dans ce but limité, des ressources conjugales, et à contracter des dettes dont serait tenu le chef de la communauté. La réception du droit romain, au xvi^e siècle, ne fit subir, comme on aurait pu le craindre, aucun recul à la Schlüsselgewalt. Il est à noter d'ailleurs, que la conception des pouvoirs ménagers de la femme ne heurtait pas le principe de

(1) Tacite, *De moribus germanorum*, XV.

(2) Chaisemartin, *Proverbes et maximes de l'ancien droit germanique*, p. 324.

(3) Bluntschli, *Deutsches Privatrecht*, 3^e éd., p. 599.

l'incapacité de celle-ci, puisque le pouvoir des clés s'analysait essentiellement en un pouvoir de représentation du mari par la femme, celle-ci empruntant donc la capacité de son mari. Mais ce pouvoir ne trouvait pas son fondement dans une concession présumée du mari ; il s'appuyait sur une attribution légale, il était un effet du mariage lui-même.

Les jurisconsultes allemands s'étaient rendu compte que seul un pouvoir émanant de la loi répondait tant à la dignité personnelle de la femme qu'à sa situation traditionnelle, en droit germanique, d'associée du mari (1). Un auteur déclarait très justement : « De même que le droit du mari à l'administration de la fortune de sa femme ne repose pas sur un mandat mais sur un droit propre, de même aussi le droit de la femme à la conduite du ménage et le pouvoir des clés qui s'y attache est un droit de l'épouse allemande comme telle. La femme est la compagne et l'égale du mari ; la conduite du ménage répond à ses capacités, comme l'administration du patrimoine répond à celles du mari. Rendre ce droit honorable de l'épouse dépendant de l'arbitraire du mari serait porter atteinte à la dignité de la femme mariée allemande (2) ».

Placé en face d'une tradition juridique aussi ferme, le Code Civil de 1896 ne pouvait faire autrement que de consacrer, à son tour, la Schlüsselgewalt de l'épouse. Cela lui était d'autant plus facile que, rompant avec la tradition coutumière, le Code Civil assurait la disparition de la puissance maritale proprement dite ; dès lors, il n'était plus question du devoir d'obéissance de l'épouse, du contrôle permanent du mari sur chacun de ses actes. Une certaine prépondérance était seulement laissée au mari pour assurer l'unité de direction dans la société conjugale. Enfin, quel que soit le régime adopté par les époux, la charge de l'entretien du ménage pesait sur le mari.

Se modelant sur la répartition des tâches qui se produit entre les époux, le Code Civil allemand dressait, à côté de la direction principale et générale du mari pour les intérêts conjugaux, une

(1) « Uxor est, ipsa institutione divina matrimonii, coadjutrix mariti, proinde ipsi non deneganda aliqualis coadministratio familiae ». Hanauer, *Commentatio sistematica juris provincialis Bambergensis*, p. 9.

(2) Rothe, *Die Schlüsselgewalt der Ehefrau*, p. 13.

direction secondaire et spéciale de la femme pour les affaires domestiques. L'article 1356 énonce, en effet : « La femme a le droit et le devoir de diriger le ménage commun ». L'article 1357 (1) lui permet, dans l'exercice de cette fonction, de contracter des dettes qui seront à la charge du patrimoine matrimonial comme si elles avaient été engagées par le mari lui-même. Ainsi le pouvoir domestique de l'épouse allemande se présente depuis 1896, comme une dérogation, dans une sphère spéciale, au pouvoir de décision et de direction pécuniaire du mari. Il faut reconnaître que le Code allemand a réalisé une association normale de l'épouse au gouvernement de la société conjugale et divisé les attributions des conjoints au gré de leurs capacités respectives (2).

Reste à préciser le procédé de technique juridique employé pour aboutir à l'engagement du mari par les actes ménagers de son épouse. Nous arrivons ainsi à l'énoncé de la deuxième caractéristique de ce pouvoir de représentation. Pour atteindre ce but, le code civil allemand a fait appel à la théorie juridique de la représentation, mais il est important de préciser qu'il ne s'agit plus que d'un problème de pure technique juridique qui ne fait pas entrer, du tout, en ligne de compte la volonté du mari, mais qui aboutit seulement à considérer fictivement que le mari est l'auteur des actes domestiques, afin de permettre aux tiers de pouvoir le poursuivre. En somme, entre la conception qui voit dans l'épouse une associée agissant en son nom propre et engageant directement le mari et celle qui n'en fait qu'une représentante de ce dernier, le Code allemand a choisi la seconde. Il a sans doute considéré qu'autrement la femme se trouverait engagée en même temps que le mari et qu'elle pourrait être l'objet, en cas d'insuffisance du gage par elle fourni sur la masse matrimoniale, d'une poursuite et d'une exécution forcée sur son propre patrimoine. Nous n'avons pas, pour l'instant, à porter un jugement sur ce raisonnement, le moment vaudra plus tard. Constatons seulement que c'est cette conséquence

(1) Article 1357 : « La femme a le droit, dans son cercle d'action domestique, de gérer les affaires du mari à sa place et de le représenter. Les actes juridiques qu'elle passe dans ce cercle d'action sont réputés avoir été passés au nom du mari, à moins que le contraire ne résulte des circonstances »

(2) Gény, *Les biens réservés de la femme mariée d'après le Code Civil allemand de 1896*. Bulletin de la Société d'études législatives, 1^{re} année, p. 10. Salleilles, *La condition juridique de la femme dans le nouveau code civil allemand* (Réforme sociale, 16 novembre 1901, p. 11). Lyon-Caen, *La femme mariée allemande, ses droits, ses intérêts pécuniaires*, thèse, p. 104 et s.

possible de l'idée d'un pouvoir propre, qui en a fait écarter le principe par les rédacteurs du Code allemand (1).

Ainsi le code de 1896 a adopté le procédé de la représentation du mari par la femme, tel qu'il existait dans l'ancien droit. La femme, dans la sphère ménagère, agit en vertu d'un pouvoir à elle reconnu par l'autorité sociale, mais, ce faisant, elle ne contracte pas en son propre nom, ni même au nom des époux réunis, elle est la déléguée de son mari, elle ne peut donc encourir de responsabilité personnelle.

Les motifs du projet exposent nettement cette solution : « L'essence du droit de la Schlüsselgewalt consiste dans le pouvoir de représentation qui s'y attache et en vertu duquel la femme est autorisée, dans son cercle d'action domestique, à disposer, au nom du mari, du patrimoine de celui-ci, et à l'obliger par ses actes ». L'article 1357 ne fait que reprendre cette idée de représentation.

Pouvoir de représentation du mari, mais pouvoir légal dérivant directement du mariage et non d'une concession maritale, accordé à l'épouse en vertu de son aptitude naturelle à diriger les affaires du ménage, ainsi nous apparaît le pouvoir des clés du droit allemand, la Schlüsselgewalt.

Nous sommes désormais en mesure de rechercher la place occupée par cette théorie dans la pensée juridique française et d'examiner comment elle est parvenue à être consacrée législativement en 1942.

§ 2. — *Le pouvoir de représentation dans notre droit français*

Nous avons eu l'occasion, en examinant l'insuffisance de la théorie du mandat tacite, d'indiquer au passage l'évolution de la Jurisprudence vers la reconnaissance, en fait, à la femme d'un pouvoir de représentation. Le moment est venu d'en faire la preuve. A l'étude du pouvoir de représentation dans la jurisprudence, sera consacré un premier point. Mais légalement, le pouvoir de représentation réclame l'intervention de l'autorité sociale sans laquelle la légalité des solutions jurisprudentielles en faisant application peut être discutée. Cette intervention du législateur s'est-elle produite ?

(1) Cf. Planck, *Zur kritik des Entwurfes eines B.G.B. dans Archiv für civilistische Praxis*, 1889, p. 352 sq. et Ostern, *Die Schlüsselgewalt der Frau*, 1896, p. 41.

Ce sera le sujet d'un second point. Nous serons alors à même de nous demander en troisième lieu, si le pouvoir de représentation constitue un fondement acceptable des pouvoirs ménagers de l'épouse.

A. — *La Jurisprudence tout en proclamant le principe du mandat tacite adopte chaque jour davantage les solutions découlant d'un pouvoir de représentation.*

Les vices du système du mandat n'ayant pas tardé à apparaître à l'épreuve de la pratique, la Jurisprudence s'est ingéniée à leur trouver des remèdes. Mais, ce faisant, elle n'a point pris garde qu'elle dénaturait gravement la théorie, quand elle ne l'abandonnait pas complètement.

C'est ainsi, d'une part, qu'elle a corrigé l'instabilité du pouvoir domestique de l'épouse résultant des variations de la volonté matrimoniale, en étendant la présomption du mandat bien au-delà des bornes de la vraisemblance, même aux cas où l'intention du mari ne pouvait être visiblement celle qu'on lui prêtait. D'autre part, la jurisprudence a cherché, dans l'intérêt des tiers, tant à fixer l'étendue du mandat, non d'après les désirs du mari, mais d'après des vraisemblances purement extérieures, qu'à mettre obstacle au droit de limitation et d'exclusion du mari.

Et Planiol a raison d'écrire : « La majorité des décisions de justice implique, par les solutions qu'elles donnent, l'idée d'un mandat légal, d'un pouvoir de représentation qui appartiendrait à la femme mariée, en vertu du mariage lui-même, tant que le mari ne le lui aurait pas retiré » (1).

Nombreuses sont les décisions qui ne peuvent s'expliquer que de cette façon (2). Mais, si les tribunaux ont souvent tiré les conséquences du pouvoir de représentation, il faut constater qu'ils en ont

(1) Planiol et Ripert, *Traité de la famille*, p. 313. Cf. Rapport de M. Aftalion au *Traité international de droit comparé*, 1900, t. II, p. 257 : « Le mandat tend à devenir un mandat légal nécessairement consenti par le mari à la femme, le jour du mariage, et difficilement révocable dans la pratique. La fonction naturelle de l'épouse, comme maîtresse de maison, ordonnatrice du ménage, tend à devenir un pouvoir presque personnel qu'elle tient de la loi aussi bien que le mari ».

(2) Nous les rencontrerons, au cours de cette étude à propos de chaque question. Contentons-nous de signaler : Civ., 16 juillet 1889, *D. P.* 1891.1.153. Trib. paix, Toulouse, 26 octobre 1932, *D.* 1933.2.107.

rarement proclamé le principe. A peine peut-on citer une décision qui emploie expressément les termes de pouvoir de représentation. C'est un arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation, en date du 1^{er} juin 1929 (1), qui proclame que « le pouvoir de représenter le mari en vertu d'un mandat sous-entendu subsiste, alors même que les époux ont rompu la vie commune et que la femme a un domicile séparé ».

Lebrun, dans l'ancien droit, était déjà favorable à une telle organisation des pouvoirs ménagers : « Tant qu'il n'y a pas preuve de mauvais usage, on condamne le mari à acquitter les parties de marchands qui ont avancé les choses nécessaires pour la subsistance et l'entretien du ménage, la femme étant réputée procuratrice pour telles emplettes » (2).

Il est certain qu'ainsi les tribunaux ont mis le droit plus en harmonie avec les mœurs et la réalité et suppléé au silence regrettable du législateur. Mais l'œuvre judiciaire a procédé par tâtonnements, par tendances, plus que par définitions précises et par déductions rigoureuses si bien que, longtemps, les tiers et l'épouse n'ont pu savoir quels étaient exactement les pouvoirs de la femme dans le domaine ménager. Une certaine confusion a régné dans les solutions, préjudiciable tant aux intérêts du ménage que de ses créanciers.

Si, malgré tout, il faut se féliciter de l'effort jurisprudentiel, on doit constater aussi qu'il demeurerait insuffisant et qu'une intervention législative était souhaitable. Celle-ci était d'ailleurs indispensable à un autre point de vue. C'est qu'en effet on a, avec raison, élevé des doutes sérieux sur la légalité de l'œuvre des tribunaux. Un pouvoir légal ne peut être déclaré que par le législateur, car le Code a fixé de façon impérative les droits et les fonctions de chaque époux dans la société conjugale. La Jurisprudence n'a pas senti qu'elle entrait dans la voie de l'illégalité parce que, partant d'un mandat pur, lequel est incontestablement légal, elle est parvenue sans s'en apercevoir à l'idée d'un pouvoir de représentation, tout en s'imaginant rester toujours dans les limites du mandat. Peut-être peut-on penser aussi que la jurisprudence n'a pas, en vérité, entendu reconnaître à la femme un pouvoir de représentation, mais

(1) Civ., 1^{er} juin 1929, D. P. 1931.179.

(2) Lebrun, *op. cit.*, II, Ch. II. sect. 2, n° 6.

seulement faire de la présomption de mandat, fondée sur l'obligation d'entretien du mari, une présomption *juris et de jure*. Or, l'article 1352 empêche de pouvoir donner juridiquement ce caractère à cette présomption puisque, sur son fondement, la loi n'annule pas certains actes ou ne dénie pas l'action en justice.

En résumé, une réforme législative était nécessaire pour accorder à la femme un pouvoir de représentation dans le domaine ménager. Il est temps de nous tourner vers le législateur pour examiner quelle fut son attitude.

B. — *Le pouvoir de représentation et sa reconnaissance par le législateur.*

Si la loi du 22 septembre 1942 a expressément consacré le pouvoir de représentation de la femme mariée, certains auteurs avaient antérieurement prétendu que le législateur l'avait déjà implicitement reconnu dans la loi du 13 juillet 1907, puis dans celle du 18 février 1938. Nous aurons à déterminer la portée de l'intervention du législateur à ces trois époques.

1. — *La loi du 13 juillet 1907.*

Il est des commentateurs de la loi de 1907 qui ont soutenu que certaines dispositions de celle-ci contenaient une reconnaissance implicite d'un pouvoir de représentation au profit de la femme, tout au moins au profit de celle exerçant une profession séparée (1).

L'examen de cette thèse a perdu une grande partie de son intérêt depuis 1942, la question de la reconnaissance du pouvoir de représentation par le législateur ne faisant plus aucun doute. Si cependant nous nous y arrêtons, c'est, d'une part, pour donner une vue complète de l'évolution historique des pouvoirs de la femme et, d'autre part, parce qu'elle prouve le désir unanime de substituer par tous les moyens la théorie nouvelle de la représentation à la solution traditionnelle du mandat tacite (2).

(1) La loi de 1907 étant une loi spéciale, exceptionnelle, ne constituant pas un principe général, ne pouvait s'appliquer à toutes les femmes mariées. En ce sens : Lalou, *Les droits de la femme mariée sur les produits de son travail*, Paris, 1910, n° 67.

(2) Margat, *La femme mariée commerçante et le régime du libre salaire*, p. 321. De nombreuses citations pourraient venir appuyer cette thèse : Morin, thèse Caen, 1908, p. 264 : « Il ne saurait être question d'un mandat tacite comme fondement des droits de

Ne faisant que signaler pour mémoire la thèse de M. Lalou qui, pour parvenir à cette solution fait appel à l'article 5, alinéas 1 et 4 de la loi (1) nous ne retiendrons que celle qui prenait comme point de départ les alinéas 1 et 4 de l'article 3.

Mlle Tumerelle la présente de façon fort habile, dans sa thèse sur « Les dettes contractées dans l'intérêt du ménage sous les régimes de communauté ». « En admettant que les auteurs de la loi aient continué à considérer la femme comme la représentante de son mari (2), son mandat a, du moins, une base légale. Il est reconnu dans ses effets, sinon dans son principe, par l'alinéa 4 de l'article 3 (3)... Nous soutenons que le seul fait de reconnaître officiellement les effets des obligations contractées par la femme comme mandataire tacite de son mari suffit à donner une base légale au pouvoir domestique de la femme mariée. Dès lors, il n'est pas juste de dire que la loi de 1907 n'est que l'application du mandat tacite présumé. En le consacrant, la loi donne au mandat tacite un caractère légal » (4).

Nous estimons, pour notre part, qu'il est osé de prétendre, à partir de ce texte, que le législateur a conféré un tel pouvoir à la femme laborieuse (5). Le seul fait que le législateur ait mentionné les effets des actes conclus par l'épouse « dans l'intérêt du ménage »

la femme en cette matière. Elle agit en vertu d'un pouvoir propre ». Guyot, thèse Dijon, 1910, p. 126 : « L'ancienne appréciation subjective du mandat tacite est renversée par le texte nouveau et le législateur a voulu reconnaître à l'épouse un véritable pouvoir propre ». Ces auteurs n'indiquent pas d'ailleurs si ce pouvoir propre est un pouvoir direct de gestion ou un pouvoir de représentation. Perreau, *Rev. Critique, chronique législ.*, p. 153, qui nous donne d'ailleurs un exemple de confusion entre les diverses théories lorsqu'il écrit : « Par là se trouve légalement reconnue la vieille théorie jurisprudentielle du mandat tacite, la Schlüsselgewalt du droit allemand. »

(1) Ces textes déterminent la situation juridique des biens réservés à la dissolution de la communauté conjugale ; ils ne visent en aucune façon les pouvoirs de la femme sur les biens communs : Cf. Lalou, *op. cit.*, § 67, p. 149.

(2) Certains auteurs ont voulu soutenir en effet, nous aurons l'occasion de le voir, que la femme se voyait, aux termes de la loi de 1907, reconnaître un pouvoir direct sur les biens communs en matière domestique.

(3) Loi de 1907, art. 3, al. 4 : « Le mari n'est responsable ni sur les biens ordinaires de la communauté, ni sur les siens, des dettes et obligations contractées autrement que dans l'intérêt du ménage par la femme même lorsqu'elle a agi dans la limite des droits que lui confère l'article 1^{er}, mais sans autorisation maritale ».

(4) Tumerelle, thèse Paris, 1935, p. 104.

(5) Il est curieux de voir dans les Travaux préparatoires de la loi de 1907 que cet alinéa 4 de l'art. 3 est le résultat d'un amendement proposé à la première délibération du Sénat et immédiatement adopté avec la valeur d'un texte sans portée. Le rapporteur de la Commission ne déclara-t-il pas que celle-ci « adopte ce paragraphe additionnel, bien qu'il lui paraisse sans portée » et M. Gourju « cela donnera plus de clarté au texte, voilà tout », *O. Sénat. Annexe*, 1216, n° 304, p. 741. Pour tous les parlementaires, cet alinéa ne contenait donc qu'une vérité évidente qu'il était à peine besoin de rappeler.

ne suffit pas à justifier l'attribution par la loi de 1907 d'un pouvoir légal à la femme laborieuse, pouvoir venant se substituer à celui essentiellement révocable, concédé par le mari. Jossierand note très justement que « la disposition de l'article 4, alinéa 3 de la loi de 1907 peut tout aussi bien être un simple rappel du mandat domestique » (1).

En dehors des raisons purement juridiques, il en est une de bon sens qui nous pousse à estimer qu'une telle réforme n'a pas été voulue par les rédacteurs de la loi de 1907.

Il serait surprenant que le législateur n'ait reconnu un pouvoir de représentation qu'à la femme laborieuse qui travaille hors de son foyer, c'est-à-dire à celle qui est moins femme d'intérieur, moins ménagère qu'une autre et qu'il l'ait refusé à celle qui consacre tous ses instants à la marche de son ménage, lui réservant toutes ses facultés et toute son énergie, de telle sorte que pour mieux remplir sa mission ménagère, la femme devrait commencer par l'abandonner en partie.

C'est pourquoi nous pensons que la loi de 1907 n'a, en aucune manière, modifié la nature juridique des pouvoirs ménagers de l'épouse (2).

2. — La loi du 18 février 1938.

On pouvait se demander si la réforme législative interviendrait un jour ou si la construction jurisprudentielle n'allait pas paraître assez solidement établie pour dispenser le législateur d'introduire un texte précis en la matière (3).

La loi du 18 février 1938 qui avait pour but de supprimer la situation subordonnée de la femme par rapport à l'homme et de proclamer sa pleine capacité aurait dû normalement régler les pouvoirs ménagers de la femme mariée. Elle ne l'a pas fait.

Après comme avant cette loi, la théorie du mandat gardait son

(1) C'est aussi l'opinion de Colin, Capitant et Julliot de la Merandière, *op. cit.*, 8^e éd., t. III, n° 183 et note 1, et de Bartin dans Aubry et Rau, *op. cit.*, 5^e éd., t. VIII, § 509, note 58 ter et 60.

(2) En ce sens Colin et Capitant, *op. cit.*, t. III, p. 148. Colin et Legrand, *Des produits du travail dans le ménage*, p. 85, nos 90 et 91. Thèses de Boucher, Gestaldi, Portemer, Guyon, Daveaux.

(3) Mlle Tumerelle, dans sa thèse, allait plus loin « à cause même de sa modération, il est probable que cette réforme ne s'accomplira jamais, car, les idées ont évolué vers des tendances plus libérales ».

utilité, car si l'action personnelle de la femme était désormais possible, les restrictions dues aux régimes matrimoniaux maintenaient au mari tous les droits d'administration des biens communs et la femme ne se voyait reconnaître aucun des droits d'associée auxquels elle pouvait légitimement prétendre. Une fois de plus nous voyons réapparaître dans la situation de la femme la distinction entre capacité et pouvoirs : la femme avait recouvré sa capacité, mais elle n'avait pas davantage de pouvoirs pour engager les biens du mari et ceux de la communauté par ses actes ménagers.

La seule différence avec le droit antérieur était que la femme pouvait désormais, si elle le voulait, s'obliger personnellement sur ses biens propres pour les dettes de ménage comme pour ses autres dettes, les créanciers du ménage pouvant alors avoir comme gage le patrimoine du mari, celui de la femme, et, s'il en existe un, le patrimoine commun. Mais cette capacité de la femme ne l'empêchait pas d'être obligée d'avoir recours au mandat tacite du mari pour engager le patrimoine de ce dernier et les biens communs.

Certains ont regretté que la loi de 1938 n'ait pas expressément sanctionné le pouvoir propre que la doctrine et la Jurisprudence moderne s'accordaient à reconnaître à la femme et qu'elle puisait généralement dans le devoir de secours et d'assistance ; mais la Société d'Etudes législatives (1) avait estimé qu'une telle disposition serait mieux à sa place dans le projet relatif aux régimes matrimoniaux. Cela ne nous paraît pas exact et la loi de 1942 a conféré à la femme le pouvoir de représentation dans sa partie réservée aux droits et devoirs respectifs des époux, ce qui est plus logique puisque les aptitudes naturelles de chacun des époux et la division des tâches qui s'opère entre eux est indépendante des rapports pécuniaires qui régissent leur union.

3. — *La loi du 22 septembre 1942.*

Il a donc fallu attendre la loi du 22 septembre 1942 pour voir enfin proclamer le pouvoir de représentation de l'épouse dans son activité ménagère. L'article 220 de cette loi le lui accorde : « *La femme mariée a, sous tous les régimes, le pouvoir de représenter le mari pour les besoins du ménage* ».

(1) *Bulletin de la Société*, 1934, p. 90.

Ainsi était reconnue à la femme la prérogative que les tribunaux depuis longtemps supposaient être dans la loi, indépendante de toute concession maritale et que justifie son rôle au foyer. Cette réforme était nécessaire pour stabiliser définitivement les solutions jurisprudentielles et leur donner la légalité qui leur était jusqu'alors et à bon droit contestée. Il n'en demeure pas moins que cette mesure de justice, attendue depuis cinquante ans, au lieu de réaliser un progrès dans la pensée juridique n'a fait que confirmer un état de fait acquis. Félicitons-nous de cette mesure, mais sachons qu'elle ne modifie pas grand chose aux solutions des tribunaux qui conservent toute leur valeur et qui permettent de déterminer l'organisation actuelle des pouvoirs de l'épouse.

Les différents aspects de l'article 220 se présenteront au cours de cette étude. Il suffit pour le moment d'en dégager les caractères qui permettront de juger dans quelle mesure il correspond à une vue exacte des droits de la femme.

La première remarque à faire est la suivante : si la loi de 1942 donne à la femme mariée un pouvoir légal qu'elle tient de sa mission particulière, le législateur n'a pas abandonné complètement l'idée de mandat comme fondement de ce pouvoir. Il le fait reposer en effet sur une procuration tacite ou plus exactement, peut-être, sur une présomption de procuration. Et il en tire cette conséquence, à savoir que le mari peut faire tomber la présomption et enlever à la femme ses pouvoirs par une révocation expresse. En un mot, il donne à la fois aux pouvoirs de la femme une origine légale et une origine conventionnelle. La solution de l'article 220 est donc un peu déséquilibrée, puisque ce texte ne renonce pas à l'idée de mandat donné par le mari. Cela nous paraît regrettable, non pas que nous voulions priver le mari de tout droit de retrait ou de limitation en la matière, mais parce que nous estimons qu'il ne peut pas tenir ce droit de sa qualité de mandant.

La seconde réflexion qui vient à l'esprit à la lecture de l'article 220, c'est que la femme mariée est l'intendante irresponsable de son mari. Le législateur n'a pas cru devoir donner à la femme un pouvoir propre d'engager les biens du mari et ceux de communauté : au regard du droit, le mari est toujours censé passer les actes ménagers de son épouse, qui doit logiquement échapper à toute poursuite. Ce point de vue ne manque d'ailleurs de surprendre

un peu, la loi de 1942, à base essentiellement communautaire, ayant le souci de rendre à la femme sa place dans la gestion du ménage : elle en fait la remplaçante du mari dans la direction du ménage, lorsque celui-ci ne peut l'assurer et lui réserve, à côté du mari, un rôle actif et personnel. La loi française, en n'attribuant pas à la femme un pouvoir propre et direct dans ce domaine ménager, n'est-elle pas encore en désaccord avec les mœurs et même avec l'article 213 qui proclame : « *La femme concourt avec le mari à assurer la direction morale et matérielle de la famille, à pourvoir à son entretien, à élever les enfants et à préparer leur établissement* ». C'est ce qui reste à examiner.

C. — *Le pouvoir de représentation constitue-t-il un fondement acceptable des pouvoirs ménagers ?*

Que le pouvoir de représentation constitue un progrès notable sur la conception du mandat tacite, cela ne peut être mis en doute. Il présente l'immense avantage de faire du pouvoir domestique de l'épouse une attribution légale et nécessaire, et non plus une pure concession du mari.

Nous avons suffisamment insisté sur l'évidente vérité que la direction du ménage constitue la vocation propre de la femme pour approuver la loi positive qui vient ratifier cette loi naturelle et sociale, sans en abandonner la réalisation à la volonté incertaine et changeante d'une personnalité privée. Ainsi est consacrée la nécessité en même temps que l'universalité des pouvoirs ménagers. La législation allemande, en posant le principe d'un pouvoir légal au profit de l'épouse, en même temps qu'elle suivait la vieille tradition du droit allemand avait déjà eu le mérite de couper court par la fermeté de ses formules aux controverses et aux hésitations que notre droit français a connues.

Chez nous, l'adoption de ce pouvoir de représentation clarifie les divers détails organiques du pouvoir domestique. Consacré par la loi, il a acquis une fixité très nécessaire : fixité dans sa naissance, puisqu'il ne dépend que du mariage, non de l'intervention du mari, fixité dans son étendue puisque sa portée ne varie que suivant certaines circonstances objectives, non au gré des intentions subjectives du mari ; fixité dans son maintien, puisque toute atteinte

maritale peut être, si elle est arbitraire, réformée par l'autorité judiciaire. Et cette fixité correspond à merveille avec la nécessité même de l'institution fondée sur la vocation permanente et générale de l'épouse à l'administration de la maison.

Une synthèse de la théorie du pouvoir domestique est ainsi réalisée, se suffisant à elle-même sans qu'il soit besoin de la dénaturer ou de faire appel à des théories complémentaires.

On doit encore féliciter le législateur français d'avoir nettement précisé les effets de ce pouvoir ménager de la femme mariée et notamment de les avoir synthétisés dans la notion générale d'un pouvoir de représentation vis-à-vis des tiers et d'un rapport de mandat entre les époux... Nous discuterons tout à l'heure, du point de savoir si cette solution s'imposait de faire de l'épouse une simple déléguée, même légale du mari, ou s'il n'eût pas été préférable de lui reconnaître un pouvoir direct et personnel d'engager les ressources du ménage. Mais dès l'instant que l'on adoptait la première thèse, il était nécessaire d'en énoncer nettement le principe plutôt que d'en décrire seulement les conséquences de fait, c'est-à-dire l'obligation du mari seul pour les dettes contractées par la femme.

Le pouvoir de représentation satisfait mieux que le mandat tacite les principes dégagés en tête de cette première partie, cette conclusion s'impose. Mais, si l'on pousse plus loin l'examen, peut-être faut-il constater que, conforme à la nécessité de laisser à la femme le champ d'activité correspondant à ses aptitudes, assurant une juste répartition des tâches à l'intérieur du foyer, ce pouvoir de représentation ne respecte pas tous les droits que la femme tient de son titre de personne et que toutes les exigences de la personnalité féminine n'y trouvent pas leur place.

C'est qu'en effet, ce pouvoir n'est pas pour la femme constitutif d'une activité propre et indépendante : même si le mari n'y met aucune entrave, il n'est pour l'épouse qu'un droit de représentation de celui-ci. C'est dire que l'activité de l'épouse se bornera à employer les deniers que le mari veut bien mettre à sa disposition (l'article 220 le dit expressément) ou à contracter des dettes qui seront exécutoires contre le mari. Ainsi la femme n'exerce dans l'administration du ménage qu'un pouvoir secondaire, sans initiative, ni responsabilité. Le pouvoir directorial continue d'appartenir au mari et, pour les affaires du ménage, l'épouse n'en a que l'exercice et la délégation.

La femme continue d'emprunter la personnalité juridique de son époux et on peut affirmer que, dans ces conditions, ses droits d'associée ne sont pas entièrement respectés.

La femme, comme dans la théorie du mandat tacite, ne va pas s'engager elle-même en contractant pour les besoins du ménage (1). Or, cela n'est pas conforme aux intérêts des tiers et même de la justice : si, en effet, la femme, possédant un certain rang social et un patrimoine important, a engagé de grandes dépenses et que le mari soit frappé d'un revers subit de fortune, les fournisseurs vont se trouver dénués de tout recours contre un mari insolvable et ne pourront demander paiement à l'épouse qui ne s'est pas engagée personnellement (2). Ceci n'arriverait pas si la femme, dans son rôle domestique, agissait en son nom personnel, ce qui lui permettrait, d'une part d'engager principalement le patrimoine matrimonial, destiné normalement à supporter les dépenses du ménage, et, d'autre part, de répondre subsidiairement de ces dettes sur ses biens propres. Ne serait-ce pas donner aussi à la femme dans sa sphère ménagère, le véritable pouvoir propre et indépendant qu'appellent ses capacités et que lui impose la responsabilité personnelle de ses actes, à laquelle aucun être humain ne doit échapper.

Nous sommes ainsi amenés à étudier la théorie du pouvoir propre et direct qui, seule, nous semble à première vue, accorder à l'épouse ses droits complets. Après avoir décrété la vocation légale de l'épouse à la tâche domestique, indépendamment de toute concession du mari, le droit se doit de lui reconnaître, du moins du point de vue qui nous occupe présentement (3), un droit de direction personnelle des intérêts conjugaux.

SECTION IV

La théorie du pouvoir propre et direct

Depuis fort longtemps, certains esprits désireux de donner à la femme toute sa place dans la direction du ménage, ont prôné en

(1) A moins qu'elle ne s'oblige personnellement, ce qui constitue une dérogation au fonctionnement normal du pouvoir de représentation.

(2) Nous aurons l'occasion de voir que la Jurisprudence française a senti cette injustice et qu'elle s'est efforcée au mépris parfois des principes juridiques de prononcer une condamnation de la femme, subsidiaire ou même solidaire.

(3) Nous examinerons, par la suite, si cette théorie est compatible avec les autres inté.

France l'introduction, en la matière, d'un pouvoir propre et direct reconnu à l'épouse en matière domestique.

Mais la plupart pensaient que cette réforme souhaitable ne pouvait qu'être l'œuvre du législateur, notre droit positif présentant une lacune en la matière ; il en est cependant quelques-uns qui, dépassant cette position critique et ne demandant pas au législateur d'intervenir pour sanctionner un pouvoir propre, soutenaient que celui-ci pouvait être reconnu à la femme même dans l'état actuel de notre droit. Tous étaient d'accord pour s'appuyer sur la législation suisse qui, dès 1907, avait reconnu un tel pouvoir puisque l'article 161 du Code suisse dispose que « *(la femme) dirige le ménage* », c'est-à-dire l'ensemble de l'économie domestique au sens restreint de ce mot. Et c'est là pour elle à la fois un droit et un devoir. L'article 163 précise très nettement le principe de ce pouvoir propre, quand il énonce : « *L'union conjugale est représentée, pour les besoins courants du ménage, par la femme comme par le mari. Le mari est tenu des actes de la femme, en tant qu'elle n'ex-cède pas ses pouvoirs d'une manière reconnaissable pour les tiers.* »

L'étude de la doctrine française doit tout naturellement être précédée de l'examen de la Schlüssselgewalt en droit suisse, qui nous apparaît, dès l'abord comme différente de celle du droit allemand.

§ I. — *La Schlüssselgewalt du Droit Suisse*

Jusqu'à la rédaction du Code de 1907, l'organisation de la famille suisse, très voisine de celle du droit allemand à la même époque, reposait sur le principe de la puissance maritale, ce qui mettait l'activité juridique de l'épouse devant un double obstacle comme en droit français jusque 1938 : la femme ne pouvait, en principe, passer aucun acte juridique sans l'autorisation maritale ; le patrimoine des époux était placé sous la direction du mari.

Mais, contrairement à ce principe général et par analogie encore avec l'ancien droit allemand, le droit helvétique avait admis traditionnellement pour la femme mariée une activité juridique indépendante dans le domaine spécial de l'administration du ménage.

rêts à protéger et les principes juridiques (indépendamment de la disposition de l'article 220).

Dans les limites de celle-ci, l'épouse se trouvait, par exception, soustraite à la puissance maritale. Elle pouvait dès lors passer, sans autorisation, les multiples actes juridiques de nature si variée qu'impliquent les besoins du ménage et, par ces actes, les biens matrimoniaux soumis à la gestion du mari se trouvaient engagés.

Ainsi en était-il au Moyen-Age (1) et, dans le droit moderne, un grand nombre de législations cantonales avaient expressément sanctionné cette activité juridique de l'épouse, les autres l'admettant en vertu d'une coutume bien établie (2). Suivant jusqu'au bout les législations allemandes, le droit suisse faisait jusqu'alors agir la femme par représentation du mari, chef du ménage, le fondement de ce phénomène de représentation consistant, non en un mandat présumé du mari, mais en une délégation forcée établie par la loi (3).

Le Code de 1907 allait apporter en la matière une modification profonde, celle qui, d'un pouvoir de représentation jusqu'alors reconnu à la femme, allait faire un pouvoir propre.

Cette modification était rendue possible par l'abrogation de la tutelle maritale. « L'individualité des époux, dans l'union conjugale, doit être reconnue d'une façon formelle », déclarent les Motifs de l'Avant-Projet, c'est-à-dire qu'ils doivent apparaître comme deux personnalités respectivement indépendantes, douées d'une égale autonomie — ce qui se traduit par la suppression de l'incapacité personnelle de la femme. Certes, le Code suisse a consacré une certaine prépondérance dans le ménage au mari à qui est dévolue la représentation normale de la société des personnes créée par le mariage entre les époux : l'Union conjugale. De même, c'est à lui qu'incombe la gestion principale des biens matrimoniaux. D'ailleurs le Code suisse, tout comme notre droit français, et la consta-

(1) Cf. sur toute cette question Huber, *System und Geschichte der schweizerischen Privatrechts*, T. I. Sur ce point particulier, T. IV, pp. 447 et s. et les textes cités.

(2) L'admettent expressément les législations cantonales suivantes : Zurich, Code civil de 1887 (trad. Lehr), art. 602 ; Glaris, Cod. civ. de 1870, art. 51 (*Ann. de législ. étrang.*, 1875, p. 518) ; Schaffouse, Code civ. de 1863 ; art. 148 ; Zug, Code civ. de 1861, art. 37 ; Turgovie, Code civ. de 1860, art. 74 ; Lucerne, loi du 26 novembre 1880, art. 15 (*Ann. de législ. étrang.*, 1881, p. 488) ; Fribourg, Cod. civ. de 1834, art. 55 ; Grisons, Cod. civ. de 1862, art. 44 ; Nidwalden, Code civ. de 1852, art. 61 ; Soleure, Code civ. de 1841, art. 193 ; Bâle-ville, loi du 10 mars 1884, art. 7 (*Annales de législ. étrang.*, 1885, p. 547 ; Bâle-campagne, loi du 20 avril 1891, art. 6 (*Annales de législ. étrang.*, 1892, p. 681) ; Appenzel, Rhodes extérieures, loi du 29 avril 1893, art. 6.

Et Huber, *loc. cit.*, T. I, p. 283, peut dire : « Le droit pour la femme mariée de vaquer par elle-même aux besoins journaliers du ménage est reconnu par tous nos droits ».

(3) Binet, *op. cit.*, p. 243, apporte, à l'appui de cette affirmation, les textes des différentes législations.

tation est d'importance, met à la charge du mari le soin d'assurer la subsistance commune : « *Le mari porvoit, selon ses facultés, à l'entretien de la femme et des enfants* » (1).

L'organisation générale de l'association conjugale laisse à l'épouse un pouvoir spécial en matière domestique. Les articles 161 et suivants en fixent l'étendue. A la direction du mari dans les affaires matrimoniales, s'oppose la direction particulière de la femme voulue par la loi dans le domaine ménager. Et, plus spécialement, en ce qui concerne le point de vue pécuniaire, le pouvoir pour la femme d'administrer et d'engager les biens matrimoniaux pour les besoins du ménage, fait échec aux pouvoirs de gérant normalement attribués au mari. Le pouvoir de la femme est une prérogative légale, nullement une concession volontaire de l'époux. Le législateur suisse en a conclu à l'intangibilité de la *Schlusselgewalt* par rapport au mari : seule l'autorité publique qui l'a concédée peut la retirer.

Jusqu'ici, le droit suisse ne paraît donner aucune solution nouvelle par rapport au droit allemand. Celle-ci va apparaître si nous approfondissons la nature exacte des pouvoirs de la femme mariée suisse.

Alors que le Code allemand décide que la femme est la représentante du mari, agissant en son nom et exerçant ses actions, alors que les législations cantonales consacraient la même solution, le Code suisse vient lui donner un pouvoir direct de gestion des intérêts communs et de disposition des biens matrimoniaux (2). L'adoption de cette solution a d'ailleurs été grandement facilitée par la conception de l'union conjugale qui domine en Suisse l'organisation des régimes matrimoniaux. Puisqu'on synthétisait en une personne fictive les droits et obligations communs des conjoints, il était normal de faire de la femme qui contracte pour les besoins du ménage la représentante de cette personne collective ; eût été, au contraire, une complication inutile d'y voir la représentante du mari, qui n'est lui-même dans son activité matrimoniale que le représentant de cette union conjugale. Le Code suisse a donc donné

(1) Puisque le Code civil, écarte, malgré tout, la théorie du mandat pour expliquer l'activité ménagère de l'épouse, c'est qu'elle n'est pas nécessairement impliquée par l'obligation du mari de subvenir à l'entretien du ménage, comme l'ont prétendu en France ses défenseurs.

(2) C'est le système préconisé en Allemagne par l'Ecole de Gierke.

à la femme le même pouvoir de représentation de la société conjugale que celui dont le mari est investi dans la majorité des cas. Ainsi se font pendants, dans un champ d'action différent, mais sous une commune qualification juridique, les pouvoirs respectifs des deux époux. Nous sommes ainsi placés en face de la conquête remarquable du Code suisse sur le Code allemand, celle qui donne enfin à l'épouse, ce pouvoir domestique propre que réclame sa dignité et que justifient ses capacités.

En vertu de ce pouvoir propre, la femme peut, dans le cercle d'action domestique, disposer librement des biens matrimoniaux et les engager. Mais alors qu'il aurait dû décider que la femme engageait en même temps ses biens propres, une obligation contractée en nom propre grevant toujours son auteur, le Code civil suisse, ne se préoccupant pas de la personnalité qui passe les actes juridiques non plus que de la qualité en laquelle elle les passe, a uniquement envisagé leur but. Comme il constatait que ces dettes se rapportaient à l'entretien du ménage, lequel est d'après les principes généraux à la charge du mari, il en a conclu à la responsabilité unique et personnelle de celui-ci, rejoignant ainsi dans ses résultats, quoique par une voie différente, le système de la représentation. Ce principe de la non-responsabilité de l'épouse admet toutefois un tempérament. Sous tous les régimes, la femme est frappée d'une responsabilité subsidiaire pour toutes les dettes de ménage que l'insolvabilité du mari laisserait en souffrance : ceci est un heureux correctif à la rigueur du principe.

Peut-être voit-on difficilement par quel mécanisme juridique une telle solution peut être expliquée ; en tous cas, elle prouve que le Droit suisse n'a pas hésité devant les difficultés pour mettre le droit en accord avec la réalité et proclamer, non seulement la vocation de la femme à sa mission de ménagère, mais aussi sa qualité de personne la rendant apte à agir directement dans ce domaine sans avoir à recourir à la personnalité de son mari.

On comprend qu'une telle organisation des pouvoirs ménagers ait attiré l'attention de nombreux juristes (1). Il est temps de recher-

(1) L'article 152 du Code civil Turc et les articles suivants réservent à l'épouse le soin de diriger le ménage. M. Sauser Hall, dans *l'Introduction à l'étude du nouveau droit civil en Turquie*, 1927, p. 145 remarque : « Il y a ainsi entre les deux époux une répartition légale de compétences, chacun d'eux possède dans l'union conjugale un pouvoir parallèle à celui de son conjoint, mais qui ne lui est pas égal ». D'après l'art. 155,

cher qu'elle fut son influence dans le droit français avant de résoudre définitivement le problème du fondement à donner aux pouvoirs ménagers de l'épouse.

§ 2. — *Le pouvoir propre en droit français*

Si l'idée de donner à la femme un pouvoir propre était apparue de bonne heure dans la pensée juridique française (1) il faut arriver à Binet (2) pour trouver un essai de systématisation de cette théorie et une construction juridique complète. Mais après avoir montré les avantages d'un tel fondement et en avoir présenté les caractères essentiels, Binet s'est trouvé dans l'obligation de constater que dans l'état de la législation, la théorie du mandat tacite apparaissait « comme le meilleur expédient imaginé pour procurer à la femme quelque indépendance en matière ménagère » (3). Pour lui, le droit se doit d'imposer impérativement par une disposition générale ce pouvoir, car autrement l'incapacité personnelle de la femme et la direction du mari s'opposent à son existence.

Malgré ces obstacles, certains auteurs ont essayé de montrer comment, même dans l'état des textes de 1804, il demeurerait possible d'appliquer cette théorie. D'autres, partant des conclusions de Binet, ont recherché s'il n'existait pas, dans certains textes postérieurs au Code, une disposition qui permettrait de conclure à l'existence du pouvoir propre. Ce sont ces essais de construction de la théorie du pouvoir propre à partir des règles de droit existantes qu'il nous faut exposer tout d'abord pour ensuite étudier la position de la pensée juridique moderne à l'égard de cette théorie.

« L'union conjugale est représentée pour les besoins courants du ménage par la femme comme par le mari. Le mari est tenu des actes de la femme en tant qu'elle n'excède pas ses pouvoirs d'une manière reconnaissable pour les tiers ». Le Code civil Turc adopte donc la théorie du pouvoir propre. En Grèce, le projet de Code civil reconnaît bien à la femme la mission de diriger l'intérieur familial (art. 50), mais dans cette direction elle représente le ménage et l'engage par tout acte relatif aux besoins du ménage. Il adopte donc la théorie du pouvoir de représentation.

(1) Basset, *Le rôle de la femme mariée*, p. 306, sq. Aftalion, *La femme mariée*, pp. 403 et 404 ; Masse, *De la communauté entre époux*, p. 500, sq. Durand, *De l'autorité maritale*, pp. 315 et 316 ; Morizot-Thibault, *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1^{re} année, pp. 33, 58, 149 ; Em. Gounot, *L'épouse et la mère en droit français*, dans les *Semaines Sociales*, Nancy, 1927, p. 220.

(2) Binet, *op. cit.*, p. 300 sq.

(3) Note au D. 1905.2.249.

A. — *Thèse des auteurs qui défendent le pouvoir propre indépendamment de toute intervention législative.*

Le premier auteur qui ait tenté d'élaborer une théorie du pouvoir propre en partant du Code civil fut Gén^y (1). Pour lui, les divers moyens de résoudre le problème des pouvoirs ménagers, étant donné le silence du Code, ne sont que des concepts adaptés pour représenter au mieux la situation à régir et la régler selon les exigences de la vie et l'utilité sociale. Le concept du mandat tacite se révélant insuffisant, la Jurisprudence peut et doit évoluer pour se rallier à celui du pouvoir propre : « Pour corriger ces défaillances de la théorie du mandat, pour assurer toute l'efficacité du pouvoir ménager de la femme et n'y admettre de contrôle que celui de l'autorité sociale (2), il faut aller jusqu'à l'idée d'un droit propre de la femme, formant emprise directe et définitive sur l'omnipotence antérieure du mari et faisant participer la femme, dans la sphère qu'on lui réserve, à la gestion même de l'association conjugale... ».

Si le point de départ de M. Gén^y semble exact et si le juriste doit rechercher la théorie juridique qui rendra le mieux compte des faits, encore est-il qu'il n'a qu'une certaine liberté d'action, limitée par les règles de droit positif existantes. Or quand M. Gén^y a essayé de faire triompher l'idée de pouvoir propre, il s'est heurté au principe de la prépondérance du mari dans le ménage et force lui a été d'avouer que « si largement que nous osions interpréter notre droit positif nous n'y saurions découvrir le principe d'une emprise directe de la femme sur les biens personnels du mari » (3).

Cet échec ne devait pourtant pas décourager les partisans d'une consécration immédiate du pouvoir propre et deux autres essais en ce sens méritent d'être discutés

C'est tout d'abord M. Bonnecase qui s'est attaché à la réalisation de ce but. Cet auteur s'exprime de la façon suivante : « Etant donné l'existence d'une société de ménage née à faire face aux exigences économiques engendrées par la vie de la famille, il importe que chaque associé puisse légalement retirer de l'organisme les bénéfices

(1) F. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, T. III, pp. 254-256.

(2) Nous aurons à discuter cette idée dans notre seconde partie en examinant le pouvoir de révocation qui doit être reconnu au mari.

(3) Geny, *Préface au livre de M. Binet*, pp. XXII à XXVIII.

ces imposés par son but. On comprend, dès lors, que, par une sorte de division des pouvoirs, la femme soit à même de mettre à profit le capital social dans la mesure de sa fonction naturelle de directrice du ménage. La loi l'a d'ailleurs décidé implicitement dans l'article 214 en créant, au profit de la femme, le droit d'exiger du mari, c'est-à-dire de la société conjugale, les sommes nécessaires à son entretien, et cela en conformité de la condition sociale et économique des époux (1) ». Et il énonce ainsi sa théorie du pouvoir propre : « Au fond, la femme, quand elle exerce ses pouvoirs domestiques, représente la société et, du même coup, met en œuvre les droits individuels qui appartiennent à tout associé dans une société. C'est en ce sens que l'on peut dire que la femme tient ses pouvoirs de la loi et non du mari ».

Si une pareille thèse est admissible en droit suisse où il existe une union conjugale reconnue par la loi et dont les époux ne sont que les représentants, il est beaucoup moins sûr qu'elle soit acceptable en droit français. La personnalité morale du ménage a bien été soutenue par M. Carbonnier (2) qui écrit : « Du seul fait du mariage, la loi établit entre les époux une société civile investie de la personnalité morale, la société conjugale ou ménage, dont les éléments constitutifs sont donnés par la réglementation même des régimes matrimoniaux ». Bien que nous n'ayons pas à discuter à fond cette thèse qui nous entraînerait hors de notre sujet, nous nous permettons de présenter une objection qui paraît s'opposer à son admission. Lorsque l'on fait appel à la notion de personnalité morale, celle-ci vient s'interposer entre les associés et la masse de biens réservés, pour réaliser l'affectation de ces derniers à un intérêt distinct de celui des personnes individuelles, c'est-à-dire plus élevé ou plus spécial. Dans le cas du ménage, l'intérêt de celui-ci n'est pas distinct de l'intérêt des époux et la qualité d'associé de ceux-ci n'est pas détachable de leur qualité d'individu. Il y a « fusion plutôt que personnalité morale » (3). En réalité, on peut simplement parler d'indivision organisée ou de société non douée de per-

(1) Bonnecase, *Supplément au traité de Baudry-Locantinerie*, T. IV, pp. 384 à 555.

(2) Carbonnier, *Le régime matrimonial. Sa nature juridique sous les rapports de société et d'association*, Thèse Bordeaux, 1932, p. 809.

(3) Beudant, *Cours de droit civil français*, 2^e éd., T. IV, Les biens, par M. Voirin.

sonnalité morale. Dès lors, le point de départ de la thèse de M. Bonnecase disparaît (1).

Il ne faudrait pas croire pour cela que l'absence de personnalité morale empêche la reconnaissance d'un pouvoir propre. La preuve en est dans la constatation que les gens du Moyen âge auxquels cette comparaison ne serait pas venue à l'esprit, donnaient à la femme un pouvoir propre. Il suffit, en effet, que le mariage crée un ensemble d'intérêts communs entre les époux pour permettre d'organiser un pouvoir spécial de gestion au profit de chaque époux qui ne préjuge en rien de la nature du ménage.

Aussi la véritable condamnation de la théorie de M. Bonnecase, comme de toute théorie tendant à proclamer un tel pouvoir sans s'appuyer sur un texte précis, nous paraît se fonder sur l'absence de tout pouvoir de gestion reconnu à la femme par le Code.

M. Nast, partisan lui aussi d'un pouvoir propre pour la femme, indépendamment de toute intervention législative, s'est rendu compte de cet obstacle et, pour le tourner, il a soutenu que certains textes du Code civil en contenaient le principe.

Certes M. Nast a commencé par présenter un argument différent : « Pour en rejeter l'idée, écrit-il, il ne suffit pas de dire que le Code ne l'a pas expressément conféré à la femme, car il peut s'expliquer par une règle coutumière et rien ne prouve que le législateur de 1804 ait dérogré à cette coutume » (2). Cet argument ne peut être retenu puisque nous savons que la tradition antérieure à la rédaction du Code admettait le mandat tacite.

Aussi M. Nast va se fonder sur deux textes : « Même sans aller jusque là on peut le justifier à l'aide des textes du Code ; il est, en effet, la conséquence nécessaire, quand les époux vivent ensemble, de l'obligation d'entretien que l'article 214 met à la charge du mari, et l'article 1409, al. 5, à la charge de la communauté ; et, quand les époux vivent séparés, de l'article 212, qui impose

(1) M. Jary, *op. cit.*, p. 78, présente l'objection suivante : s'il y avait société douée d'une personnalité morale, chaque associé devrait être responsable sur tous ses biens des engagements pris au nom de la société, or la femme n'est pas tenue sur ses biens propres des dettes contractées par le mari sans son concours. Elle ne nous paraît pas décisive, car nous verrons que, tout au moins sous le régime de la séparation de biens et spécialement pour les dettes de ménage, la Jurisprudence en est arrivée à la condamnation solidaire des deux époux que ce soit l'un ou l'autre qui ait contracté.

(2) Note Nast, sous *Jugement du Tribunal civil de la Seine* du 11 juillet 1922, D. P. 1924.2.105. Cf. également notes au D. P. 1933.2.107 et D.P. 1935.1.73.

aux époux le devoir de secours. Cette obligation est une obligation légale qui ne peut, en pratique, recevoir d'exécution effective que si les tiers qui contractent avec un des époux et spécialement avec la femme, dans l'intérêt du ménage ou dans l'intérêt personnel de celle-ci, ont un recours contre l'autre époux, le plus souvent contre le mari. Autrement dit, toute dette contractée par la femme dans la limite de l'obligation qui pèse sur le mari et la communauté, engage la communauté et le mari ; l'acte de la femme est valable par cela seul qu'il est l'exécution de l'obligation prévue par l'article 214 et par l'article 212. On ne saurait admettre qu'il dépende de la volonté du mari que son obligation s'exécute ou non... Dans les limites des facultés du débiteur, les fournisseurs ont une action directe contre lui... » M. Nast donne aux fournisseurs contre le mari l'action *de in rem verso*.

La première partie du raisonnement de M. Nast paraît très solide et nous l'avons déjà rencontré dans la théorie du pouvoir de représentation. Il est certain que les articles 212 et 214 impliquent la nécessité pour la femme de pouvoir engager le mari par son activité ménagère, réclamant donc l'adoption d'un pouvoir reconnu à la femme par l'autorité sociale. Mais ils n'indiquent pas par quel procédé le mari se trouvera engagé. Peut-être peut-on dire qu'il est plus simple, plus naturel et plus conforme aux mœurs de reconnaître à la femme un pouvoir propre plutôt qu'un pouvoir de représentation ; encore faut-il que ce pouvoir propre soit en accord avec les autres règles du Code, ce qui est douteux.

M. Nast a d'ailleurs senti cette impossibilité et, au lieu de recourir à un véritable pouvoir propre, l'éminent annotateur fait appel à la théorie de l'enrichissement sans cause. Dès lors la femme ne fait que tirer avantage de la possibilité qu'ont ses fournisseurs d'exercer l'action en paiement contre son mari en invoquant l'enrichissement sans cause de ce dernier ; il n'est plus possible de comparer cette possibilité, conséquence indirecte du recours des créanciers, avec le pouvoir légal de la femme en Droit suisse et même en Droit allemand.

Ainsi nous paraissent insuffisantes toutes les théories qui ont été présentées à l'appui d'une reconnaissance immédiate du pouvoir propre de la femme, à partir du silence du Code.

B. — *Thèse des auteurs qui estiment que le législateur est intervenu pour consacrer le pouvoir propre de l'épouse.*

Devant cette impossibilité, quelques auteurs ont prétendu que cette intervention nécessaire du législateur s'était produite, tout au moins en faveur des femmes laborieuses et que la loi du 13 juillet 1907 avait réalisé cette importante réforme.

Il est intéressant de résumer l'argumentation des partisans les plus marquants de cette thèse : MM. Margat et Nast.

Se fondant sur l'art. 3 al. 4 (1) M. Margat écrit « Que la femme puisse obliger de son chef le mari et la communauté, cela ressort en premier lieu, de la disposition de l'art. 3, al. 4. Ce texte ne se borne pas, en effet, à décider, d'une façon générale, que le mari et la communauté sont tenus des dettes contractées par la femme dans l'intérêt du ménage... Il suppose que la femme a agi « *dans la limite des droits que lui confère l'article 1^{er}* » c'est-à-dire qu'elle a traité en son nom personnel et non comme mandataire du mari » (2).

Cette argumentation ne nous paraît pas devoir être admise, s'écartant trop des termes de la loi. Le but de ce texte a été de déclarer le mari non responsable « *ni sur les biens ordinaires de la communauté, ni sur ses biens propres* » des obligations contractées par la femme, autrement que dans l'intérêt du ménage, du moment qu'il n'a pas donné à son épouse d'autorisation maritale, et ce « *alors même qu'elle aurait agi dans la limite des droits que lui confère l'article premier* ». D'où, par raisonnement *a contrario*, on peut déduire la conséquence suivante : le mari est responsable des obligations contractées par la femme dans l'intérêt du ménage. Mais le texte ne dit pas de quel droit l'épouse engage alors le mari. L'incidente « *dans la limite des droits que lui confère l'article premier* » ne vise que les autres dettes de la femme qui, même contractées en vertu de l'article premier, mais sans autorisation maritale, ne grèvent pas les biens du mari et ceux de la communauté.

(1) Art. 3, al. 4 : « Le mari n'est responsable ni sur les biens ordinaires de la communauté, ni sur les siens des dettes et obligations contractées autrement que dans l'intérêt du ménage par la femme, même lorsqu'elle a agi dans la limite des droits que lui confère l'article premier, mais sans autorisation maritale ».

(2) Nous avons vu, *supra* p. 71, que d'autres auteurs se sont fondés sur ce même texte, pour découvrir dans la loi de 1907, la reconnaissance d'un pouvoir de représentation.

M. Nast s'appuie, pour sa part, sur les deux premiers alinéas de l'article 3 (1). Si, écrit-il (2), la femme n'agissait que comme mandataire du mari, on devrait décider que ses dettes de ménage n'obligent pas ses biens réservés quand ceux-ci sont des propres qui lui appartiennent et, cependant, la loi veut que les biens réservés répondent de toutes les dettes ménagères, alors même qu'ils sont exclus de la communauté (art. 3, al. 1 et 2). Mais alors comment expliquer que la femme, simple mandataire du mari, s'oblige personnellement, sur certains biens » ?

En réalité l'argumentation de M. Nast constitue un syllogisme que l'on peut formuler de la manière suivante : Les créanciers qui ont contracté avec le mari, dans l'intérêt du ménage, ont un gage moins étendu que celui qu'ils auraient eu, en contractant avec la femme dans le même but. Ils ne peuvent, en effet, saisir les biens réservés que dans les cas prévus par l'article 3, al. 2 (3) tandis que les fournisseurs, qui ont négocié avec la femme, ont action sur les biens réservés, en toute hypothèse « lors même qu'ils sont exclus de la communauté ». Or, il n'est pas douteux que si la femme agissait en vertu de son mandat domestique, elle aurait les mêmes pouvoirs que son mari pour engager les biens réservés. Puisqu'il n'en est pas ainsi, c'est précisément, en déduit M. Nast, que la femme qui exerce une profession séparée « a le pouvoir légal d'engager, par ses dettes ménagères, non seulement les biens réservés, mais la communauté et le mari ».

Ce raisonnement serait exact si les prémisses étaient conformes à la réalité, ce qui ne nous paraît pas être. En effet, il n'est pas juste de soutenir que l'art. 3 de la loi de 1907 impose l'engagement des biens réservés pour toutes les dettes ménagères, alors même qu'ils ne pourraient être saisis par les créanciers du mari agissant dans l'intérêt du ménage. Si la femme contracte personnellement une dette dans l'intérêt du foyer, cette dette sera certes, en toute hypothèse, exécutoire sur ses biens réservés. Mais, lorsque la femme

(1) Les biens réservés à l'administration de la femme pourront être saisis par ses créanciers. Ils pourront l'être aussi par les créanciers du mari qui ont contracté avec lui dans l'intérêt du ménage, alors que d'après le régime adopté, ils auraient dû, antérieurement à la présente loi, se trouver entre les mains du mari ».

(2) Planiol, Ripert et Nast, *op. cit.*, T. IX, n° 1368.

(3) Ce qui exclut les biens réservés du gage des créanciers du mari, lorsque les époux sont mariés sous un régime séparatiste et, sous les régimes de communauté, lorsque ces biens sont propres à la femme.

agit, en qualité de mandataire du mari, en vertu de son mandat domestique, il n'est plus exact, à notre avis, de dire que « les biens réservés répondent de toutes les dettes ménagères, lors même qu'ils sont exclus de la communauté ». Aucune prescription de la loi de 1907 ne permet de reconnaître aux créanciers du ménage pour fournitures commandées par la femme, en vertu de son mandat, un droit de gage plus étendu sur les biens réservés que celui qu'ils auraient eu en traitant avec son mari, son mandant. L'art. 3 al. 1, est alors inapplicable, les fournisseurs avec qui la femme a traité n'étant pas réputés être ses créanciers, mais ceux du mari par le jeu de la représentation (1).

Sans doute les pouvoirs exorbitants du droit commun qui sont accordés par la loi de 1907 à la femme laborieuse, lui sont conférés dans l'intérêt du ménage. Mais on ne saurait conclure de son contenu que les biens réservés sont affectés sous tous les régimes matrimoniaux et dans tous les cas aux dettes de ménage (2).

La femme a pu, après 1907, s'engager personnellement sur les biens réservés dans l'intérêt du ménage. Cela n'intéresse pas la théorie du mandat qui demeure, en dehors de tout engagement de la femme. La même situation existe d'ailleurs depuis 1938 pour toutes les femmes mariées.

Nous pouvons donc conclure de la façon suivante : Rien ne prouve que le législateur ait entendu reconnaître un pouvoir propre au profit de la femme. Il serait d'ailleurs étonnant et difficile d'admettre « que le législateur ait entendu réaliser à mots couverts une réforme très grave que les travaux préparatoires n'annoncent en aucune façon » (3). D'ailleurs même voudrait-on admettre la thèse adverse qu'on ne pourrait se passer de la théorie du mandat tacite. Si l'on envisage, en effet, un régime autre que celui de la communauté, on est bien obligé de restreindre l'efficacité de ce pouvoir aux seuls biens réservés de la femme ; et, pour expliquer que le mari est tenu des dettes de ménage, sous tous les autres régimes, force est de recourir à la théorie du mandat.

(1) En sens contraire : Lefrançois, *les dettes de ménage*, pp. 134 et s.

(2) Cf. Lecomte, *op. cit.*, p. 74 ; Jary, thèse précitée, p. 58. La loi de 1942, qui a voulu parvenir à ce résultat, l'a dit expressément dans l'art. 225, qui n'établit plus de distinction entre les biens réservés.

(3) Josserand, *op. cit.*, 2^e éd., T. III, n° 144. Voir Planiol et Ripert, *op. cit.*, 2^e éd., T. III, n° 1142 bis.

En réalité, les auteurs ont interprété les formules du législateur d'après leurs tendances plus ou moins féministes et leurs thèses, toutes plus révélées que démontrées, reposent plus sur des arguments de sentiment que de droit.

La Cour de Cassation a eu, une seule fois, à notre connaissance, l'occasion de se prononcer sur ce problème. Elle a décidé, le 1^{er} juin 1929 (1) que « la disposition de la loi de 1907, sur la saisie arrêt entre époux, n'a rien changé à la situation de la femme considérée comme mandataire de son mari ».

La loi du 22 septembre 1942 devait lever toute incertitude : le droit français adopte le pouvoir de représentation et par là même condamne le pouvoir propre.

Il nous reste à nous demander si cette position reflète la pensée juridique moderne ou si celle-ci ne s'est pas montrée, au contraire, favorable à la reconnaissance d'un pouvoir propre.

C. — *La théorie du pouvoir propre et la pensée juridique moderne.*

Que nous examinions la doctrine ou la jurisprudence, il nous faut constater que l'une comme l'autre se sont, sans aucun doute, prononcées explicitement ou implicitement, en faveur de la reconnaissance d'un pouvoir propre.

Dès le début de ce siècle, les efforts en ce sens se sont multipliés.

Non seulement les commentateurs de la loi de 1907 ont cherché par tous les moyens possibles à la trouver en partie réalisée pour les femmes laborieuses, mais la Société d'études législatives (2), au cours des séances où furent élaborées les modifications à apporter aux droits de la femme mariée sur les produits de son travail, avait montré ses préférences pour une réforme favorable au pouvoir propre.

Les formules les plus nettes furent employées par Morizot-Thibault pour opposer au principe qui fait de la femme une déléguée celui qui en fait une associée : « L'erreur du législateur français a été de charger la femme de la direction des choses intérieures du ménage par délégation du mari. De sorte que, par une idée

(1) Cass. 1^{er} juin 1929, D.P. 1931.1.79 ; Gaz. Pal., 1929.2.381.

(2) Bulletin de la Société d'Etudes législatives, 1901-1902.

fausse, la femme ne tient sa mission que de la volonté de ce dernier. C'est une théorie qui s'écarte du droit naturel et consacre injustement l'infériorité de la femme en ne lui reconnaissant, dans les choses où la Providence lui a donné une supériorité manifeste, qu'une capacité communiquée. Il est temps de renverser ces vieux principes qui font de la communauté non la chose des époux, mais celle du mari, et qui font de la femme, non une associée, mais un commis. Il importe d'associer la femme aux principes libéraux qui nous gouvernent aujourd'hui et de lui donner un pouvoir propre. »

Non seulement d'éminents juristes ont voulu voir reconnaître ce pouvoir immédiatement ou après l'intervention du législateur, mais ces constructions individuelles se sont affirmées et matérialisées dans le projet René Renoult, origine des lois de 1938 et de 1942, qui prévoyait l'octroi à la femme d'une telle prérogative.

Ce projet (1) déposé le 23 juin 1932 sur le bureau du Sénat et préparé par une commission constituée sept ans auparavant sous la présidence du premier président Matter, comprenait, en effet, deux parties relatives, l'une aux rapports personnels des époux et à la capacité de la femme mariée, l'autre aux rapports pécuniaires et à l'aménagement des régimes matrimoniaux. On se rappelle comment le Sénat, impressionné par l'ampleur de la réforme, décida de scinder en deux le projet, dont la première partie devint, après diverses modifications, la loi du 18 février 1938. Or la disposition relative au pouvoir ménager se trouvait inscrite dans la seconde partie, précisément dans l'article 1419 qui tendait à accorder à la femme un pouvoir propre d'obliger la communauté et le mari dans la sphère de ses attributions domestiques : « Les créanciers qui ont contracté, soit avec le mari, soit avec la femme, pour les besoins du ménage, auront action sur tous les biens de communauté, du mari et de la femme » (2).

C'était bien la reconnaissance d'un véritable pouvoir propre et d'intervention directe de la femme. Ceci était possible, comme aujourd'hui, du fait de la suppression de l'incapacité de la femme

(1) Voir *Doc. Parl.*, Sénat, 1932, annexe à la séance du 23 juin, n° 594.

(2) Cette rédaction primitive devait être supprimée par le Sénat, dans sa séance du 13 juin 1939, lorsqu'il vota un projet de loi instituant le régime de communauté réduite aux acquêts comme régime de droit commun.

mariée contenue dans le projet. Remarquons en outre que si ce dernier proposait le régime de la participation aux acquêts comme régime matrimonial de droit commun, il maintenait toujours en vigueur l'unité de la direction économique entre les mains du mari. La femme commune, tout en étant pleinement capable, demeurait, en principe, dépourvue de pouvoir à l'égard de la communauté. L'article 1419 impliquait simplement une exception à ce principe pour tous les actes passés par la femme « en vue de subvenir aux besoins ordinaires du ménage ». Dans ce cas, les tiers auraient action sur les trois patrimoines. La disparition du régime matrimonial et la renonciation de la femme ne changent rien à l'obligation solidaire des deux époux aux dettes de ménage, l'article 1494 prenait soin de le préciser.

Ce projet, même si certains points peuvent nous paraître réclamer quelques modifications, peut fournir une utile base de discussion, pour la reconnaissance d'un pouvoir propre.

Non seulement, la doctrine et, dans une certaine mesure le législateur, souhaitent depuis longtemps une réforme, mais déjà, depuis quelques années, la jurisprudence devançant une fois de plus les textes en vigueur, a adopté des solutions qui ne peuvent se comprendre qu'avec la reconnaissance de la théorie du pouvoir propre, telle la condamnation solidaire des deux époux aux dettes de ménage, sous les régimes séparatistes.

Il est dès lors permis de se demander si les tribunaux, de même qu'ils couvraient hier, du principe du mandat tacite, des solutions qui ne pouvaient logiquement s'expliquer que par l'idée du pouvoir de représentation, n'adoptent pas aujourd'hui, sur certains points tout au moins, sous la pression des mœurs et de l'équité, des conséquences du pouvoir propre, tout en affirmant faire application du pouvoir de représentation. Et, dans cette course vers une conception plus exacte des choses, le législateur risque, une fois de plus, d'être grandement en retard et de faillir à sa tâche en ne réalisant pas l'œuvre d'unification et de stabilisation particulièrement nécessaire.

Nous nous demandons pourtant s'il ne serait pas plus juste de poser différemment le problème et de dire que l'article 220 est non

seulement en désaccord avec l'ensemble de la pensée juridique moderne, mais aussi avec l'esprit de la loi du 22 septembre 1942. C'est là une hypothèse qu'il nous faudra approfondir, mais nous aurons l'occasion de constater que l'ensemble de la loi de 1942, en levant tous les obstacles qui s'opposaient jusqu'ici à la reconnaissance du pouvoir propre, aurait très facilement pu admettre ce fondement. Dans ces conditions, l'article 220 semble être, par certains côtés, un texte un peu inexplicable et, résultat d'une rédaction hâtive, il traduit l'opposition entre la théorie du mandat tacite d'une part, et les pouvoirs propres et de représentation de l'autre, ces deux théories étant confondues dans l'esprit de certains juristes. En tous cas, même si cette supposition n'était pas exacte, il n'en demeurerait pas moins que l'esprit de la loi de 1942 rendrait plus facile l'adoption de la théorie du pouvoir propre.

A la lumière de cette longue étude, il nous est maintenant possible de conclure, en disant sans aucune hésitation que la théorie du pouvoir propre nous paraît devoir constituer le meilleur fondement des pouvoirs ménagers de l'épouse, parce qu'elle répond tout à la fois aux principes philosophiques modernes sur la condition de la femme dans le ménage et à l'évolution de la pensée juridique contemporaine. Ce point étant acquis, il nous faudra, dans la suite de notre étude, nous efforcer de faire un tableau complet des pouvoirs ménagers tout à la fois tels qu'ils découlent de la loi de 1942 et tels qu'ils devraient être si l'on adoptait l'idée du pouvoir propre. Ainsi pourrons-nous dégager les solutions qui doivent être appliqués pour le moment et les modifications qu'entraînerait la réforme que nous souhaitons et nous n'aurons garde d'oublier d'insister sur toutes les solutions, tant légales que jurisprudentielles, qui s'inspirent de l'idée d'un pouvoir propre reconnu à la femme.

Ainsi la route que nous entendons suivre s'éclaire à chaque pas ; de nouveaux horizons se découvrent, élargissant le cercle de nos investigations.

Mais les principes que nous avons dégagés au début de cette première partie ne font pas seulement sentir leur effet dans le problème de la détermination du fondement des pouvoirs ména-

gers de l'épouse, ils ont aussi leurs répercussions dans le domaine des conditions auxquelles ces pouvoirs sont soumis pour être attribués à l'épouse. C'est à leur étude qu'est consacrée le second chapitre de cette première partie.

CHAPITRE SECOND

CONDITION D'EXISTENCE DES POUVOIRS MÉNAGERS DE LA FEMME MARIÉE

L'article 220 du Code Civil, dans sa rédaction de la loi de 1942, dispose que : « *La femme mariée a, sous tous les régimes, le pouvoir de représenter le mari, pour les besoins du ménage* » : La formule générale ainsi employée jointe à la place occupée par l'article 220 dans le Code, Chapitre VI, Livre I, Titre IV (Des droits et des devoirs respectifs entre époux) nous incite tout naturellement à formuler cette conclusion : les pouvoirs ménagers de la femme sont un des effets du mariage en général. Du fait du mariage, la femme se voit reconnaître impérativement par la loi les pouvoirs nécessaires pour engager les biens du mari et les biens communs par les actes qu'elle passe pour les besoins du ménage. Dès lors la volonté du mari n'a plus, comme dans la théorie du mandat tacite, à intervenir. Le mariage est la source des pouvoirs de la femme comme l'état de mariage est la seule condition de leur existence. Peu importe d'ailleurs que ce pouvoir soit un pouvoir de représentation ou un pouvoir propre de l'épouse, la condition reste la même.

Ainsi se dégage la voie à suivre dans l'étude de cette unique condition d'existence. Il faudra, en deux sections, dégager les deux aspects de cette affirmation, à savoir que le mariage est à la fois la condition nécessaire et la condition suffisante. L'intérêt de chacune de ces sections sera de voir comment, en cette matière, la jurisprudence est arrivée, dès avant 1942, à adopter cette conséquence du pouvoir légal, en contradiction avec la théorie du mandat tacite qui voudrait que la volonté du mari soit la source des pouvoirs de la femme.

SECTION I

LE MARIAGE EST UNE CONDITION NÉCESSAIRE

Le concubinage

L'article 220 du Code Civil n'accorde expressément le pouvoir de représentation en matière domestique qu'à la femme mariée. Effet général du mariage, il ne saurait appartenir qu'à l'épouse dont il est une prérogative naturelle, dérivant de la division du travail qui doit nécessairement s'opérer entre les époux.

Aussi, s'il existe bien d'autres personnes, mère, sœur, fille ou gouvernante, qui, dans le ménage d'un veuf ou d'un célibataire, peuvent remplir la même tâche que la femme dans le ménage de son mari, qui ainsi deviennent maîtresses de maison et doivent, par leurs actes, engager directement le chef de cette maison, elles ne peuvent prétendre avoir, de plein droit, le pouvoir de le représenter. Il leur est indispensable de posséder un mandat formel ou simplement tacite d'agir en son nom.

Si cette constatation n'a jamais soulevé de difficultés, il en est une autre qui a été l'objet de controverses ardues et qui mérite pour cela une plus grande attention : il s'agit du concubinage de deux personnes, homme et femme, vivant en fait comme deux époux mariés et où, tout naturellement, la femme est amenée à s'occuper de la marche de la maison et à passer les contrats indispensables à la vie du ménage. La justice entre les époux, comme l'intérêt des tiers qui, bien souvent, ignorent l'absence de lien conjugal entre les deux concubins demandent que l'homme soit tenu des engagements pris par sa compagne ; aussi n'est-il pas étonnant de constater qu'une jurisprudence constante condamne le concubin à faire face aux conséquences des actes de la concubine, dans la mesure où ils sont proportionnés à l'état et aux facultés du ménage, ce terme étant pris alors, non dans le sens d'association d'un homme et d'une femme mariés, mais dans celui des possibilités pécuniaires d'une maison. Il est dès lors tout naturel de poser cette question : serait-ce que les tribunaux ont reconnu à la femme un pouvoir ménager ?

Lorsqu'on examine de près les diverses décisions on s'aperçoit bien vite que, au moins d'une façon générale, la Jurisprudence s'est refusée à attribuer au concubinage les mêmes effets juridiques qu'au mariage et qu'en particulier elle n'a jamais reconnu l'existence entre concubins d'un mandat domestique : si, dans les deux hypothèses, les tribunaux ont pu parfois aboutir à des solutions semblables, ces solutions ne s'en fondent pas moins sur des principes totalement différents.

Absence de mandat domestique entre les concubins d'une part, fondement de la responsabilité du concubin pour les dettes de ménage, tels sont les deux points qui méritent examen.

§ 1. — Absence du mandat domestique entre les concubins

La Jurisprudence paraît hésiter à nier formellement l'existence entre concubins d'un mandat domestique, mais il est certain que cette solution en découle implicitement. La preuve en est que, lorsque les tribunaux, pour protéger les tiers de bonne foi, ont parfois déclaré le concubin responsable des actes de sa compagne, ils n'ont jamais motivé leur décision par l'idée de mandat domestique (1). On relève au contraire deux jugements du Tribunal Civil de la Seine des 10 et 11 décembre 1901 qui déclarent expressément que la concubine ne peut être considérée comme mandataire tacite de son amant. Ces décisions n'ont jamais été contredites et sont en accord avec la Jurisprudence postérieure (2).

Or, si le mandat domestique était considéré comme un véritable mandat tacite, c'est-à-dire comme la conséquence de la volonté pré-

(1) Voir Trib. Paix Paris, 5^e arrond., 17 janvier 1908, *La Loi* du 7 février 1908. M. Lebotte, *De l'état de concubinage*, Thèse Lille, 1921 cite bien deux décisions se fondant sur l'idée de mandat tacite : Trib. Seine, 3 novembre 1896, *La Loi* 1896, p. 1051 ; Trib. Alger, 20 juin 1906, *Journal des Trib. Algériens* du 20 octobre 1907 ; mais on ne peut savoir s'ils s'appuyent sur le mandat domestique ou sur un mandat tacite particulier donné par le concubin.

(2) D. P. 1902.2.213 et D. P. 1904.2.238. Parfois ces deux décisions ont été présentées comme contraires à l'évolution générale de la Jurisprudence, le concubin ayant été déclaré dans les deux cas irresponsable des fournitures faites à sa compagne.

Mais cela s'explique facilement par le fait que, dans le premier cas, le fournisseur était de mauvaise foi, et que dans les deux cas la responsabilité aurait pu être fondée sur d'autres bases, si cela avait été nécessaire. Ces décisions de principe gardent donc toute leur valeur. Voir la note s/Trib. Nice, 27 octobre 1909, D. P. 1912.2.216.

Contra Laurent, *L'apparence et le problème des qualifications juridiques*, thèse Caen, 1931, p. 83.

sumée de l'homme, il serait rationnel d'admettre son existence entre concubins, la simple cohabitation suffisant à rendre utile le rôle ménager de la femme et, par conséquent, vraisemblable l'existence d'un mandat domestique que son compagnon lui aurait donné verbalement ou tacitement.

Mais cette reconnaissance aurait pour résultat d'assimiler sur ce point mariage et concubinage et pour cette raison la Jurisprudence a repoussé ce raisonnement.

Ce refus de suivre la logique du mandat présumé nous prouve, pour la première fois dans l'étude détaillée des pouvoirs ménagers, qu'au regard des tribunaux, la prérogative de l'épouse n'est pas fondée sur la volonté présumée du mari, mais bien sur la loi : on continue à attribuer improprement à la femme un mandat tacite alors qu'il s'agit d'un pouvoir, conséquence du mariage. Dès lors les pouvoirs ménagers ne sauraient être attribués au concubinage, simple situation de fait.

Certains auteurs se sont d'ailleurs élevés contre cette conception, à leurs yeux injuste pour les tiers et par trop favorable pour les concubins qui pourraient ainsi échapper à la poursuite des créanciers qu'ils auraient habilement trompés.

L'un de ceux qui ont fait le plus vivement campagne contre la position jurisprudentielle est Planiol (1) pour qui la simple présomption de mandat domestique peut naître de la seule communauté d'existence entre deux personnes.

« C'est une des nombreuses faveurs, écrit-il, que notre droit accorde sans raison sérieuse et souvent sans s'en douter aux personnes qui fuient les liens du mariage ». Et il ajoute : « Il serait étonnant qu'avec toutes les primes qu'on lui accorde, l'union libre ne se répandit pas au détriment du mariage. » (2).

A cette thèse deux réponses peuvent être faites :

D'une part, on peut dire, que du point de vue juridique, l'extension du mandat domestique n'était pas possible, même avant 1942. Toute présomption est de droit étroit et ne peut être étendue au-delà

(1) M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 6^e éd., T. III, nos 1097 et 1100 bis.

(2) Planiol se rencontre sur ce point avec le droit anglais, où la présomption de mandat existe aussi pour les nécessaires, fournis à une femme vivant avec son amant, quand bien même le tiers traitant avec la femme sait qu'elle n'est pas mariée. Cf. Watson, v. Threlkeld, 2. Esp. 637 Blades, V. G. Band. C. 167.

de l'obligation légale qui lui sert de base ; or nous savons que, dans ce domaine, cette obligation est, pour la Jurisprudence, celle du mari de subvenir aux charges du ménage qui n'existe évidemment pas en dehors du ménage.

D'autre part, il s'agit de savoir si un tel refus est vraiment une prime au concubinage et s'il sacrifie les intérêts des petits commerçants qui consentent des achats à crédit sans se renseigner sur l'état civil de leurs clients et qui n'obtiendraient aucun recours contre le concubin (1). A l'appui de cette affirmation relative aux intérêts des fournisseurs, on ajoute que s'ils ont bien à leur disposition l'action de in rem verso, celle-ci ne leur donne pas une sauvegarde complète de leurs intérêts car ils doivent faire la preuve du bénéfice de l'opération par le concubin, preuve difficile et souvent impossible à donner, en cas d'achat de vêtements ou d'objets de toilette par exemple (2).

Tout ceci serait exact si la jurisprudence n'était pas parvenue par des procédés juridiques différents, à protéger les tiers par la condamnation du concubin. Que le concubin ne puisse pas profiter de l'illégalité de sa situation pour se soustraire à ses obligations, cela est certes très souhaitable, indispensable même et il serait inique d'admettre que de cette situation aussi irrégulière pour la femme que pour l'homme, ce soit toujours la femme qui doive supporter les désavantages de l'union, l'homme échappant à toute responsabilité. Mais il ne faut pas pour cela et il n'est pas nécessaire de reconnaître à la concubine une prérogative qui ne revient qu'à la femme mariée, car, ce faisant, on oublierait que les pouvoirs ménagers ont toujours été réclamés par l'épouse comme un droit et non comme une charge. La concubine ne doit pas être pourvue de telles prérogatives.

Il est possible de condamner le mari sans donner à la concubine une prérogative que l'on refuse à la mère ou à la sœur du célibataire ou du veuf. La Jurisprudence a su résoudre ce problème et concilier tous les intérêts en présence, mais il est certain que la solution du problème nous paraît grandement facilitée avec la loi de 1942.

(1) Khokhongkha, Thèse Montpellier, p. 35.

(2) Trib. Seine, 11 décembre 1901 ; D. P. 1902.2.134.

§ 2. — *Fondement de la responsabilité du concubin*

Il est bon d'indiquer tout d'abord les hypothèses dans lesquelles le problème se pose : ceci permettra à la fois de clarifier les solutions adoptées et de montrer qu'elles répondent parfaitement aux exigences des faits.

Il est en effet, dans le concubinage, des degrés avec lesquels la position du problème varie.

La première hypothèse est celle qui se rencontre lorsque, de notoriété publique, la femme vit en concubinage ou lorsqu'elle affiche l'irrégularité de sa situation. Ainsi il pourra arriver que, bien que vivant maritalement, elle se fasse appeler de son nom de famille propre, de telle façon que les tiers ne peuvent ignorer qu'elle n'est pas mariée. Dans ce cas, aucune difficulté ne se présente et, sauf mandat exprès ou tacite de son amant, les tiers sauront bien qu'ils ne peuvent compter sur le crédit de ce dernier. Leur bonne foi ne pourra être surprise et il ne leur est besoin d'aucune protection particulière.

Il en ira de même ou, du moins, la solution sera aussi facile lorsque l'amant et sa maîtresse ne vivent pas maritalement : les tiers n'auront alors d'action que contre la personne qui aura traité avec eux ; ils n'en connaissent pas d'autres et n'auront pu compter sur le crédit de l'amant s'ils ont traité avec la maîtresse. Ces situations irrégulières ne produisent d'effets que dans les rapports des pseudo-conjoints entre eux et non à l'égard des tiers.

Mais où la difficulté apparaît, c'est lorsque les pseudo-conjoints se comportent comme des gens mariés, portant le même nom, habitant la même maison, se conduisant l'un vis-à-vis de l'autre comme des époux régulièrement unis et lorsque la supposition d'un mariage est rendue encore plus vraisemblable du fait de l'existence d'enfants. Par suite de cette communauté de vie et de résidence, l'union libre va créer, un foyer identique à beaucoup d'égards, à celui qui résulte du mariage. Dès lors les tiers seront amenés à traiter avec la concubine en pensant qu'il s'agit en réalité d'une femme mariée et ils escompteront le crédit du pseudo mari tenu en vertu des pouvoirs ménagers de sa femme prétendue. On ne peut lorsqu'ils s'adresseront au concubin les laisser sans recours, car ce serait injuste.

Certaines décisions ont cependant adopté un point de vue contraire, sous le prétexte que les fournisseurs auraient dû se renseigner sur l'état civil de leur acheteuse, et qu'en ne le faisant pas ils auraient commis une faute : « Celui qui habite avec une femme mariée, dit un jugement du Tribunal Civil de la Seine du 11 décembre 1901 (1) ne saurait être tenu, alors qu'elle aurait fait usage de son nom, de payer les fournitures qu'elle s'est fait délivrer sous ce nom ; c'est en vain que l'auteur des fournitures alléguerait la vie commune existant entre les pseudo-conjoints, il a commis une faute en ne se renseignant pas sur leur situation respective ».

Mais cette thèse ne pouvait être longtemps admise, car il est évident que la rapidité des relations commerciales d'une part, et l'impossibilité pour les fournisseurs, surtout dans les grandes villes, de se renseigner sur l'état civil de chacun de leurs clients, d'autre part, empêchent de pouvoir considérer qu'en ne le faisant pas, les commerçants ont commis une faute.

Aussi, les tribunaux se rendirent-ils compte que persévérer dans cette voie serait contraire aux légitimes intérêts en cause et qu'il fallait, au contraire, condamner le concubin, afin que, de sa situation irrégulière, il ne puisse tirer des avantages. La moralité et la sécurité des relations sociales l'exigeaient.

Pour arriver à cette fin, les arguments utilisés furent à la fois variés et ingénieux. Mais c'est à la théorie de la responsabilité que l'on fit surtout appel. En laissant croire aux tiers que le lien du mariage les unissait l'un à l'autre, se faisant passer comme époux légitimes, les concubins ont commis un quasi-délit et le mari prétendu ayant commis une faute en doit réparation. Or la meilleure forme de réparation est de condamner le mari comme si la situation apparente qu'il a créée, existait. La théorie de l'apparence est ainsi le procédé le plus fréquemment employé pour parvenir à la condamnation du concubin.

C'est ainsi qu'un jugement du Tribunal civil de Nice, en date du 27 octobre 1909 (2), décide : « Attendu que, sans qu'il soit besoin de rechercher si la dame qui habitait avec lui était ou n'était pas sa femme légitime, il suffit de constater qu'il la faisait passer

(1) Trib. Seine, 11 décembre 1901 ; D. P. 1902.2.133.

(2) D. P. 1912.2.216.

pour telle et que cette qualité devait inspirer confiance aux fournisseurs qui lui accordaient le crédit qu'ils attribuaient à un riche ménage et qu'en agissant ainsi, Masters a commis une faute qui engage sa responsabilité envers ceux qui ont traité avec la soi-disant Madame Masters, tout comme si elle avait été sa vraie femme, réputée sa mandataire tacite pour les achats nécessaires à sa toilette selon ses facultés et son état ». Un arrêt de la Cour de Paris du 23 novembre 1923 en déduit logiquement l'obligation de chacun des concubins au paiement total des fournitures (1).

Certes le jugement ci-dessus rapporté fait mention des manœuvres frauduleuses employées par le pseudo-mari pour tromper les co-contractants de sa compagne, faisant de cette simulation un délit. Mais les décisions postérieures vont plus loin et font du seul silence de l'amant une faute qui le rend responsable à l'égard des tiers. Ainsi un jugement du Tribunal de la Seine (2) décide que : « c'est à bon droit que l'individu qui vit maritalement avec une femme dans un appartement qu'il a loué, est actionné avec elle en paiement solidaire des fournitures livrées sur la demande de sa concubine dans cet appartement », et de nombreux jugements ou arrêts devaient venir confirmer cette heureuse évolution (3).

Remarquons d'ailleurs qu'ainsi les fournisseurs auront un double recours contre chacun des concubins solidairement responsables du paiement des fournitures. Ce procédé est donc beaucoup plus énergique que celui du mandat tacite.

La mise en jeu de l'article 1382 du Code civil impose la preuve d'une faute à la charge des fournisseurs et, à première vue, celle-ci peut paraître délicate, car le concubin n'aura fait souvent que de profiter de l'équivoque produite par l'union illégale sans pour cela s'être fait passer pour mari véritable. Mais si l'on va au fond des choses, on s'aperçoit que l'amant a toujours commis une faute in omittendo, du fait de n'avoir pas dénoncé la situation irrégu-

(1) Paris, 23 novembre 1923, *Gaz. Pa.* 1924.1.187. Sur la condamnation solidaire des coauteurs d'un quasi-délit, voir Baudry-Lacantinerie et Barde, *Op. cit.*, t. II, § 1303, p. 414. Rapprocher : Trib. Paix Nogent-sur-Marne, 28 janvier 1910, *Gaz. Pal.* 1910.1.397. Trib. Seine, 10 juillet 1912, *Gaz. Trib.* 1912-1920, v° Fournitures n° 3 ; Paris, 14 novembre 1912, *Gaz. Trib.* 1912-1920, n° 4 et s. Trib. Bordeaux, 9 février 1914, *Rec. Bordeaux*, 1914.3.34.

(2) Trib. Seine, 10 juillet 1912, *Gaz. Trib.* 1912, II.2 p. 337.

(3) Trib. Paix Paris, XIV^e arr. 14 novembre 1912, *Gaz. Trib.*, 13 juin 1913 ; Paris, 23 juillet 1932, *Le Droit*, 17 octobre 1932, *Gaz. Pal.*, 1932.2.423 ; Trib. Seine, 5 mai 1926, *D. H.* 1926, p. 429. Cf. H. Lalou, *La responsabilité civile*, 2^e éd., n° 719.

lière et de s'en être rendu complice, car il n'a pu ignorer qu'en vivant maritalement il induisait les tiers en erreurs. Le fait de créer un état apparent et de tromper ainsi les tiers doit entraîner à la charge de ceux qui s'en rendent coupables toutes les charges de cet état apparent sans qu'ils ne puissent profiter d'aucun de ces avantages. Ainsi on n'encourage vraiment pas les situations irrégulières.

Certains se sont demandés si on ne pourrait pas faire appel, en la matière, à la responsabilité du fait d'autrui (1). Aucune décision ne paraît avoir envisagé la question.

D'autres juridictions, pour condamner le concubin ont utilisé la théorie de la gestion d'affaires, la concubine ayant agi en qualité de gérante d'affaires (2).

Il faut enfin remarquer que si, à notre avis, il ne peut être question de faire application de la théorie des pouvoirs ménagers entre concubins (la loi de 1942 s'y oppose aujourd'hui formellement), par contre rien n'interdit de décider qu'il y a dans l'hypothèse considérée mandat tacite donné par le concubin à sa compagne pour passer les actes nécessaires aux besoins de la vie journalière, comme cela serait possible entre toutes personnes. Peut-être la Jurisprudence, pour avoir continué à couvrir du terme de mandat tacite le pouvoir de représentation de l'épouse, a-t-elle, parfois à tort, refusé de parler de mandat tacite entre concubins afin de ne pas assimiler concubinage et mariage. Désormais, en appliquant aux gens mariés la théorie du pouvoir légal fondé sur l'état de mariage et, entre concubins, le mandat tacite, fondé ainsi que tout le monde l'admet, sur la volonté présumée du mandant, la Jurisprudence ne pourra plus avoir scrupule de donner aux deux situations une solution identique. L'insuffisance de la théorie du mandat apparaît ici très nettement.

Ainsi nous semblent écarter les craintes de Planiol et assurer à la fois l'intérêt des tiers et la protection des prérogatives maritales.

Le mariage est donc une condition nécessaire à la reconnaissance des pouvoirs ménagers au profit de la femme. Il en est en outre la condition suffisante.

(1) Bataille, *Le mandat domestique hors mariage*, thèse Caen, 1923, p. 58.

(2) Trib. Paix Lyon, 15 février 1908, *Le Droit*, 13 avril 1908.

SECTION II

LE MARIAGE EST LA CONDITION SUFFISANTE

Si les pouvoirs ménagers de l'épouse sont un effet du mariage, il n'est évidemment besoin d'aucune confirmation contractuelle de ce pouvoir par les époux eux-mêmes, soit dans le contrat de mariage, soit par un acte postérieur. Les pouvoirs ménagers de l'épouse, effet légal du mariage, se produisent en dehors des conventions des époux, et dans leur silence même. On ne doit pas plus exiger de déclaration des intéressés pour les consacrer qu'on ne leur demande d'accepter les autres effets du mariage.

Si, aujourd'hui, le droit de la femme à la reconnaissance de ses pouvoirs ménagers est subordonné au seul état de mariage, il est deux conditions supplémentaires que l'on a parfois voulu ajouter : l'une exigeant une certaine organisation des rapports pécuniaires entre les époux pour la délégation ménagère de l'épouse, l'autre consistant dans la nécessité de la communauté de vie entre époux.

Nous voudrions montrer comment la Jurisprudence a peu à peu éliminé chacune de ces conditions pour parvenir à la situation présente du mariage, condition suffisante.

§ 1. — *Les pouvoirs ménagers sont attribués à l'épouse quel que soit le régime matrimonial adopté*

Que le régime pécuniaire des époux n'exerce aucune influence décisive sur l'attribution des pouvoirs ménagers, cela apparaît clairement aujourd'hui à la simple lecture de l'article 220 : « *La femme mariée a, sous tous les régimes matrimoniaux...* ». Certes leurs conséquences pécuniaires seront variables avec les régimes puisqu'ils tendent essentiellement à engager les biens du mari et ceux de communauté, lesquels ont une consistance différente sous les régimes, mais leur principe demeure identique (1) puisqu'il y a par tout un patrimoine matrimonial.

(1) Leurs conséquences deviendraient mêmes uniformes si l'on admettait que, par son pouvoir domestique, la femme engageait indistinctement tous les biens du ménage.

Cette universalité des pouvoirs ménagers n'a pas toujours été aussi clairement dégagée.

Certes les nécessités de fait, cohabitation des époux et division des tâches entre eux, sont absolument indépendantes du régime pécuniaire et se retrouvent inchangées en toutes circonstances.

Mais nous savons que la Jurisprudence a, dans sa grande majorité, fondé le mandat domestique de l'épouse sur l'obligation du mari de subvenir aux besoins du ménage. Rappelons-nous la formule de Binet : « Au fond, la théorie concilie deux nécessités également pressantes : l'une légale et de droit, qui veut que le mari assure la subsistance matérielle de l'association conjugale, l'autre sociale et de mœurs qui exige que ce soit l'épouse qui y pourvoie (1) ».

Les tribunaux ont donc été conduits à rechercher si les différents régimes matrimoniaux admettaient cette obligation des articles 212 et 214 et à faire application de la théorie du mandat chaque fois que cette obligation se rencontrait (2).

A première vue, l'universalité de l'obligation d'entretien ne paraît pas faire de doute puisqu'elle est un effet du mariage en général et qu'elle pèse sur le mari en tant que chef du ménage. Lorsque le régime donne au mari tous les revenus, c'est lui seul qui, vis-à-vis des tiers et en fin de compte, supportera toutes les dépenses. Si la femme possède des revenus, elle doit bien contribuer à ces dépenses et l'obligation de secours entre époux comme l'obligation de l'article 203 reprennent leur caractère mutuel et réciproque, mais cette répartition des charges n'est vraie, d'après l'opinion générale, que pour la contribution, c'est-à-dire dans les rapports entre époux ; vis-à-vis des tiers, l'obligation du mari pour le tout demeure.

Cette universalité du mandat domestique, conséquence de l'universalité d'application de l'article 214 a cependant été discutée, du moins pendant un certain temps.

(1) Binet, *op. cit.*, p. 37. Cf. *Note D. P.* 1904.2.249.

(2) L'étude qui va suivre s'applique à la situation antérieure à la loi du 22 septembre 1942. Certaines règles dont nous allons faire état ont été modifiées par cette loi, et nous aurons l'occasion dans cette thèse de considérer, d'un autre point de vue ces changements.

Pour les *régimes de communautés*, la question ne pouvait même pas se poser. Aux termes de l'article 1409, al. 5 du Code Civil : « *La communauté se compose passivement des aliments des époux, de l'éducation et entretien des enfants et de toute autre charge du mariage* ». Et cette disposition est très normale puisque c'est la communauté qui concentre dans sa masse les revenus des biens des époux (art. 1401, al. 2) ainsi que leurs gains de travail (sous réserve de l'application de la loi de 1907), c'est-à-dire toutes les recettes destinées normalement à faire face aux dépenses de subsistance du ménage. Comme, par ailleurs, le mari possède sur cette communauté les pouvoirs les plus étendus d'administration, de disposition et d'engagement, en même temps que les dettes communes se confondent avec les siennes propres, il en résulte que c'est lui qui est, à la fois, détenteur des revenus et pourvoyeur des besoins de la société conjugale.

Un raisonnement analogue pouvait être fait pour les *régimes sans communauté*. Le mari recueille alors outre ses propres recettes, les revenus de tous les biens de sa femme, à charge de pourvoir aux besoins communs, c'est ce qui ressort de l'article 1530 : « *La clause portant que les époux se marient sans communauté ne donne point à la femme le droit d'administrer ses propres biens, ni d'en percevoir les fruits : ces fruits sont censés apportés au mari pour soutenir les charges du ménage* ». La charge de faire face aux frais du ménage pèse donc, en définitive, sur le mari pour les mêmes raisons que sous le régime de communauté (1).

La même solution a été donnée par un arrêt de la Cour de Paris en date du 23 février 1888 (2), dans l'hypothèse du *régime dotal avec société d'acquêts* : « Les fournitures faites à la femme pour les besoins du ménage rentrent dans les charges du ménage que la communauté et le mari doivent seuls supporter ». Cela est logique puisque la société d'acquêts jointe au régime total, doit suivre les règles du régime de communauté.

(1) Le Code civil emploie indifféremment les expressions « frais du ménage » et « charges de mariage ». Ainsi, alors que dans les articles 1409, al. 5, en matière de communauté légale et 1537 relatif à la séparation de biens conventionnelle, il parle de « charges de mariage », dans l'article 1448, à propos de la séparation de biens judiciaire, il utilise l'expression « frais de ménage ». Cf. Lalou. Note au D. P. 1912.2.18.

(2) D. P. 1888.2.263.

Mais si, sous les divers régimes de communauté, le problème a été résolu sans difficulté, il n'en n'a pas été de même sous le régime dotal et dans le régime de la séparation de biens. C'est sur ces deux organisations pécuniaires, sur la seconde principalement, que toute la discussion a porté.

Sous le *régime dotal*, le mari ne se voit plus abandonné par la femme, comme sous les régimes de communauté, ses revenus dans leur totalité. Les biens de l'épouse se divisent en deux catégories : les biens dotaux d'une part, administrés par le mari qui en a la jouissance, les paraphernaux d'autre part, dont la femme conserve l'administration. Or, comme la paraphernalité est la règle, une grande partie des biens de la femme risque ainsi d'être laissés entre les mains de celle-ci qui en percevra les revenus.

Pourquoi dès lors ne pas décider que la femme sera obligée de subvenir aux dépenses d'entretien du ménage au même titre que le mari, puisque les revenus sont séparés en deux parties ? Les raisons qui, sous le régime de la communauté commandaient l'obligation pour le mari de subvenir aux charges du ménage, ne paraissent plus se rencontrer ici.

Un autre argument sérieux pouvait appuyer cette façon de voir. L'article 1578 du Code Civil décide, en effet, que, si, la femme n'a pas fait opposition à ce que son mari jouisse des paraphernaux, les fruits qu'il en a tirés sont présumés avoir été dépensés dans l'intérêt du ménage, sans que le mari en doive compte à sa femme. Cette règle paraît même être une présomption absolue qui n'admet pas la preuve contraire (1). N'est-il pas dès lors permis d'en déduire que si, de l'aveu de la femme, le mari a l'administration et la jouissance de ses paraphernaux, les créanciers avec lesquels la femme a contracté pour les besoins du ménage, de sa toilette ou de ses enfants, peuvent réclamer d'être payés même sur les revenus des biens paraphernaux que le mari aurait pu dépenser lui-même pour des besoins semblables ? En vertu de la théorie du mandat, les créanciers ayant contracté avec la femme sont réputés être créanciers du mari et cette conclusion ne paraît pas pouvoir être repoussée. Mais alors, en continuant le même raisonnement, n'arrive-t-on

(1) Voir Aubry et Rau, *op. cit.* t. V, § 541, texte et note 16, p. 641.

pas à admettre que, si la femme a conservé l'administration et la jouissance de ses paraphernaux, les revenus peuvent être poursuivis par les créanciers du ménage, puisque la présomption générale est que ces revenus servent à l'entretien du ménage (1).

Raisonnement ainsi serait oublier l'économie même du régime dotal qui consiste à ce que la femme abandonne au mari une portion de ses biens pour qu'en retour il supporte toutes les charges du mariage. L'art. 1540 peut être considéré comme parallèle à l'article 1409 lorsqu'il précise que : « *La dot, sous ce régime comme sous celui du chapitre II, (régime de communauté légale ou conventionnelle) est le bien que la femme apporte au mari, pour supporter les charges du mariage.* » Le fait que la femme garde pour elle une certaine partie de sa fortune (les biens paraphernaux) n'influence en rien l'obligation du mari. Ces biens ne sont nullement destinés à supporter les dépenses d'entretien : cela résulte par a contrario de l'article 1575 qui ne les y astreint que dans le cas où les biens de la femme sont tous paraphernaux, hypothèse semblable à celle du régime de séparation de biens pur et simple. Les biens dotaux sont censés comprendre à eux seuls la contribution de l'épouse aux charges communes et les paraphernaux sont réservés à la femme pour son usage propre (2). Le mari est donc tenu, sous le régime dotal, de subvenir aux charges du ménage.

Telle était d'ailleurs l'opinion de la très grande partie de la doctrine que la Jurisprudence a adoptée définitivement par un arrêt de la Cour Suprême du 7 juillet 1896 (3) qui déclare : « Attendu que le mari doit fournir à sa femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie selon ses facultés et son état ; que, dans ces limites, il est tenu de payer les fournitures faites à celle-ci qui est présumée les avoir commandées en vertu d'un mandal tacite dans

(1) Voir la note au D. P. 1898.1.18. La coutume de Normandie admettait la possibilité pour la femme qui avait un bien paraphernal de s'obliger valablement sans autorisation, jusqu'à concurrence de celui-ci, pour la nourriture d'elle, de son mari ou de ses enfants, en extrême nécessité.

Solution relevée par Basnage au sujet de l'article 541 de la coutume de Normandie. D'ailleurs une tendance déjà ancienne considérait les revenus de ces biens comme devant servir aux besoins du ménage au même titre que les biens dotaux. Ainsi en était-il dans le droit romain du Bas-Empire, Justinien. L. 8 du *Code de dotalibus*.

(2) Si la dot, d'après l'art. 1540 est, par définition, « le bien apporté au mari pour supporter les dettes du mariage », c'est que les paraphernaux qui, par définition, représentent les biens de la femme non constitués en dot, sont légalement dispensés de cette obligation. Remarquons d'ailleurs que nous ne raisonnons pour le moment que sur la situation antérieure à la loi de 1942.

(3) D. P. 1898.1.18.

l'exécution duquel elle oblige son mari sans s'obliger elle-même ». La théorie du mandat tacite fut depuis régulièrement appliquée au régime dotal.

L'apport fait par la femme à son mari, sa dot, contribution forfaitaire aux dettes de ménage, telle est la raison d'être de l'obligation du mari (1).

Sous le régime de la séparation de biens, des doutes plus sérieux pouvaient s'élever sur l'obligation du mari aux charges du mariage. Malgré l'existence de l'article 214, certains auteurs se sont demandés si l'organisation économique de l'association conjugale sous ce régime, permettait le maintien du principe. Il n'est plus question de dot, disait-on, et l'épouse conserve l'entière disposition de ses biens meubles et immeubles et la jouissance de ses revenus. Dans ces conditions, il serait injuste de mettre à la charge du mari seul les dépenses de l'entretien familial tandis que l'épouse garderait l'intégralité de sa fortune. Il était dans ces réflexions une grande part de vérité et nous aurons à en étudier toute la portée, mais on avait tort de vouloir s'en servir pour refuser à la femme les pouvoirs domestiques sous les régimes de séparation de biens.

Pour les repousser, la doctrine a présenté l'argumentation suivante. Cette thèse serait vraie si l'épouse ne devait pas verser à son mari une part de ses revenus, afin de contribuer aux charges du ménage. Or les articles 1448 et 1537 (nous nous plaçons dans tous ces développements antérieurement à la loi de 1942) déclarent que, sous le régime de la séparation de biens judiciaire, « la femme doit contribuer proportionnellement à ses facultés et à celles du mari tant aux frais du ménage qu'à ceux de l'éducation de l'enfant commun », et que, sous le régime de la séparation de biens conventionnelle, « chacun des époux contribue aux charges du ménage, suivant les conventions contenues en leur contrat, et, s'il n'en existe point à cet égard, la femme contribue à ces charges jusqu'au tiers de ses revenus ». Si donc, sous ce régime, le mari cesse de recevoir de la femme une dot proprement dite, c'est-à-dire un droit direct d'administration et de jouissance sur tout ou partie de ses biens, à défaut d'une mainmise sur la fortune de

(1) Cf. Planiol et Ripert, *op. cit.* § 848.

l'épouse, le mari possède un droit à une prestation fournie par sa femme sur ses revenus. Or peu importe la nature des versements faits par l'épouse, que ce soit une dot (1) ou que le régime de séparation de biens soit exclusif de cette idée (2). Ce qui est certain, c'est que, comme sous les autres régimes, la femme abandonne au mari une partie de ses revenus en contre-partie de laquelle celui-ci doit assurer seul la vie matérielle de la famille. La seule différence est qu'au lieu d'avoir en main, une fois pour toutes, au début du mariage, la part contributoire de son épouse, le mari la recevra des mains de cette dernière sous forme de contribution annuelle prise sur ses revenus.

Et la Jurisprudence a, dans son ensemble, admis la théorie du mandat tacite sous le régime de séparation. Le Tribunal civil de la Seine a été très net sur ce point à partir d'un jugement du 31 juillet 1851 (3) et les décisions qui se sont succédées depuis (4) n'ont fait que donner plus de force à l'affirmation du principe. « Même dans le cas de séparation de biens contractuelle, la femme est investie du mandat tacite du mari pour toutes les dépenses du ménage » décide le Tribunal de la Seine le 3 décembre 1895 et, le 7 décembre 1899, en ce qui concerne la séparation judiciaire, il proclame : « Attendu que la femme mariée, lorsqu'elle fait des acquisitions pour les besoins du ménage, n'est que la mandataire tacite de son mari, qu'il en est ainsi même après la séparation de biens ». La Cour de Paris devait après quelques hésitations (5), adopter rapidement la

(1) Guillouard, *Traité du contrat de mariage*, 3^e éd., t. 1, § 134 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, § 500, p. 436. — Planiol et Ripert, *loc. cit.*

(2) Colmet de Santerre, *Cours de droit civil*, t. VI, n° 9 bis ; Laurent, *Principes de droit civil français*, 3^e éd. t. XXI, § 157 ; Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, *op. cit.* 8^e éd. t. III, § 48.

(3) Trib. Seine, 31 juillet 1851, D. P. 1857.1.142.

(4) Trib. Seine, 3 décembre 1895, D. P. 1896.2.132 ; 9 janvier 1895, *Gaz. Trib.*, 20 avril 1895 ; 9 janvier 1897, D. P. 1900.2.106 ; 6 juillet 1898, D. P. 1900.2.105 ; 7 décembre 1899, *Pand. Franç.* 1902.2.30 ; 9 juin 1905, D. P. 1905.5.26 ; 26 décembre 1925, D. P. 1926.2.77 et 28 mars 1933, *Sem. Jur.* 1933, p. 783.

(5) Paris, 30 novembre 1899, D. P. 1900.2.106. Le mari a bien été condamné à payer, mais en vertu de l'enrichissement sans cause. L'arrêt se contente de déclarer sans plus que « le mari ne doit pas être regardé comme ayant donné mandat tacite à sa femme pour les dépenses dont s'agit ». Manière de voir d'autant plus singulière qu'en déclarant le mari responsable du prix des fournitures pour s'être enrichi, l'arrêt reconnaît implicitement que, même sous la séparation de biens, le mari a l'obligation de pourvoir aux besoins de sa femme, ce qui eût dû l'amener, conformément à la thèse ordinaire, à supposer le mandat tacite.

même façon de voir qui fut admise dès lors par l'ensemble des juridictions françaises (6).

Nous verrons plus tard comment la Jurisprudence, reprenant les arguments que nous rapportions au début de cette étude du régime de la séparation, en est arrivé peu à peu à considérer la femme comme engagée solidairement avec son mari pour les dépenses de ménage. Il n'en demeure pas moins que, ce faisant, la Jurisprudence ne revient pas en arrière ; elle maintient à l'épouse les pouvoirs ménagers, mais tend à les considérer comme un pouvoir direct plutôt que comme un pouvoir de représentation. La femme n'en continue pas moins à engager son mari, mais elle est alors aussi personnellement engagée.

Nous pouvons donc conclure, en constatant que la Jurisprudence avait peu à peu éliminé toute condition mise à la reconnaissance des pouvoirs ménagers et relative au régime pécuniaire. Il reste à exposer comment elle a éliminé de même toute condition relative à l'existence d'une communauté de vie entre les époux.

§ II. — *Les pouvoirs ménagers de l'épouse ne sont pas fonction d'une communauté d'existence entre les époux.*
Le problème des séparations entre époux.

Nous abordons l'une des questions qui, dans le domaine des pouvoirs ménagers de l'épouse a été, et, puisque le législateur de 1942 a entendu seulement confirmer les solutions jurisprudentielles antérieures, reste des plus controversées, l'une de celles où, tribunaux et juristes, se sont montrés des plus divisés. Nous nous y attarderons assez longuement, car c'est là l'un des aspects du problème où les insuffisances de la théorie du mandat tacite se sont le mieux révélées et où la Jurisprudence a été amenée pour faire face à des situations de fait inéluctables, à admettre les solutions en désaccord complet avec le principe du mandat dont elle continuait à proclamer l'application.

Il est une hypothèse dans laquelle la solution ne peut faire aucune difficulté, car il n'y a pas véritable séparation entre les époux, c'est

(6) Paris, 17 juin 1899, D. P. 1900.2.106 ; 1^{er} mai 1929, *Gaz. Pal.* 1929.2.72 ; 22 juillet 1932 ; *Sem. Jur.* 1933, p. 50 et 17 juin 1936, *Gaz. Pal.* 1936.2.437.
Cf. Riom, 16 février 1953, D. P. 1854.5.585.

le cas où le mari et la femme sont éloignés accidentellement et non pas en vertu de leur volonté conjugée ou du fait de l'un d'entre eux. Les pouvoirs ménagers demeurent alors, qu'on les fonde sur un mandat tacite du mari ou qu'on les considère comme un pouvoir légal de l'épouse (1). Une telle situation surviendra chaque fois que le mari sera absent ou retenu loin de sa famille pour les besoins de ses affaires ou en raison de sa santé. Tel est le cas fréquent ces dernières années de l'épouse dont le mari était retenu dans les camps de prisonniers ou de déportés, ou combattait sur les différents fronts de guerre. Baudry Lacantinerie (2) a raison d'écrire : « La non-présence du mari ou son éloignement momentané plus ou moins grand, loin d'être une preuve de l'absence ou de la révocation du mandat de la femme en est, au contraire, une justification. Jamais ce mandat n'a été plus utile, ni mieux expliqué que dans cette hypothèse » (3). La Jurisprudence consacre unanimement cette solution. Nous aurons même l'occasion de constater que, dans ce cas, les tribunaux, pour obéir à des nécessités pratiques, élargissent le champ d'activité de l'épouse.

Le véritable problème ne se pose que dans les cas de séparation intentionnelle des époux due à leur mésintelligence, que ce soit le mari ou la femme qui ait abandonné le domicile conjugal pour vivre une existence indépendante ou trahir le devoir de fidélité, ou que les deux conjoints, lassés de la vie commune, aient décidé d'avoir simplement recours à une séparation amiable, en se rendant réciproquement leur liberté ; ils éviteront ainsi la publicité d'une demande en divorce et les frais de procédure qui en découlent. Que l'on ajoute enfin la situation des époux séparés à la suite d'une demande en divorce ou en séparation de corps et l'on aura une vue d'ensemble des situations dans lesquelles le problème se pose.

Il est évident, que, dans toutes ces hypothèses, il est peu vraisemblable d'admettre que le mari qui, par la séparation, a montré sa volonté de se désintéresser du sort de sa femme, ait entendu continuer à lui donner mandat de subvenir aux dépenses d'entretien,

(1) Toullier, *loc. cit.* n° 272. — Rodière et Pont, *loc. cit.* n° 794. — Aubry et Rau, *op. cit.* § 509, note 54. — Iluc, *op. cit.* t. IX, n° 152. — Guillonard, *op. cit.* t. II, n° 871. — Dalloz, *Répertoire*, v° Contrat de mariage, n° 1007.

(2) Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, *op. cit.* t. 1, n° 500.

(3) Bordeaux, 28 mars 1838, D. Rép. v° Contrat de mariage, n° 1008, n. 3 (mari parti pour un voyage au long cours) et Cass., Civ. 17 décembre 1901, D. P. 1903..153 ; (mari retenu au loin par exercice de sa profession).

non plus du ménage qui est détruit, mais, tout au moins, de la femme et des enfants communs. Si cette présomption est normalement la conséquence de la division des tâches qui s'opère entre les époux, il est fort douteux, pour ne pas dire invraisemblable, que ce mandat demeure lorsque la vie commune est suspendue, la confiance entre les époux disparue et l'entente conjugale rompue. Laurent a raison de proclamer : « Le mandat tacite suppose un ménage commun, la véritable vie de famille, chacun des deux époux remplissant sa mission. Que faut-il décider si les deux époux vivent séparés ? Il est certain que dans ces circonstances, on ne peut plus admettre un mandat tacite, car le mandat se forme par le concours de consentement et comment y aurait-il concours de volonté là où les sentiments sont discordants et hostiles ? » (1) M. Nast note très justement : « Il y a là un abus de fiction que de supposer que le mari donne à sa femme, en la quittant, mandat de faire tous les actes nécessaires à son entretien personnel » (2).

Pourtant rares sont les jugements qui ont décidé, qu'avec la séparation de fait disparaît la thèse du mandat et, avec elle les pouvoirs ménagers de l'épouse (3).

C'est qu'une telle solution conduirait à des conséquences iniques et contraires à certaines règles juridiques, ainsi celle qui veut que la charge d'entretien continue à peser sur le mari. Si l'on faisait disparaître la présomption de mandat en même temps que la cohabitation des époux, du jour de la séparation, la femme se trouverait dépourvue de tout pouvoir domestique. Les dettes qu'elle contracterait pour son entretien et celui des enfants communs seraient sans effet même à l'égard de la communauté et du mari, et jusque 1938, sans effet même à l'égard de la communauté et du mari, et jusque 1938, sans effet même à l'égard de ses biens personnels puisque jusque-là la femme était incapable de passer des actes juridiques

(1) Laurent, *loc. cit.*, t. XXII, n° 109.

(2) Note Nast sous Trib. Seine, 11 juillet 1922, D. P. 1922.2.105.

(3) Amiens, 8 janvier 1925, *Gaz. Pal.*, 1925.1.574. Attendu que le mandat tacite donné par le mari à sa femme, ayant sa cause dans la cohabitation des époux prend fin nécessairement du moment où cette cohabitation cesse légalement. » En Belgique, il existe de nombreuses solutions semblables qui ont pour elles la logique et les principes juridiques, et qui lient invariablement le mandat tacite à la communauté de vie des époux. Trib. Liège, 23 mai 1901. *Pand Périod.* 1901.175. Ce jugement déclare que le mandat ne se justifie plus quand chacun des époux a un domicile séparé. Le recours des créanciers est admis seulement au cas où les prestations faites sont absolument nécessaires à la femme, laissée, d'autre part, sans ressource.

sans l'autorisation de son mari. Dans ces conditions les fournisseurs refuseraient tout crédit à l'épouse séparée et la subsistance de la famille serait rendue pratiquement impossible. La femme non seulement se trouverait sans crédit, mais, tout au moins sous le régime de communauté, sans ressources, puisque celles-ci sont concentrées entre les mains du mari, la femme n'ayant pas la jouissance de ses propres. Comment dès lors pourrait-elle vivre et entretenir le foyer et les enfants abandonnés ? Même si une pension amiable ou judiciaire était allouée par le mari, elle ne le serait que pour les besoins normaux et ne couvrirait pas les dépenses extraordinaires que peut nécessiter, par exemple, l'état de santé de l'épouse. En un mot, ce serait précisément dans l'hypothèse où les pouvoirs ménagers seraient le plus utiles à la femme qu'elle se les verrait retirer.

La conciliation de l'équité et des principes juridiques apparaissait donc comme très difficile à réaliser : il aurait fallu refuser aux créanciers de la femme séparée l'action née du mandat disparue avec la volonté contraire du mari et leur accorder cependant un recours contre le mari et la communauté dans la mesure où ils auraient rempli l'obligation de l'article 214 à la place du mari.

Certains auteurs, comme MM. Lecomte et Jary ont adopté ce point de vue et logiquement, défendant la théorie du mandat tacite au cas de cohabitation des époux, l'ont rejeté dans les cas de séparation. Pour eux (1) les dettes de la femme qui ne peuvent plus engager régulièrement la communauté en vertu du mandat tacite, font naître au profit des créanciers, une action de *in rem verso* contre le mari. Nous savons que d'autres appliquent ici la théorie de l'action oblique ou celle de la gestion d'affaires, mais nous avons déjà eu l'occasion de montrer toute l'insuffisance de ces palliatifs par rapport à l'action directe (2).

Aussi, la Jurisprudence française prit le parti de la nécessité et des exigences pratiques contre les principes juridiques ou plutôt contre l'application du mandat tacite. La majorité des décisions, en se montrant favorable au maintien de la présomption de mandat, reconnut, en fait, à la femme, un pouvoir de représentation.

(1) Jary, *op. cit.*, p. 72 ; Lecomte, *loc. cit.* ; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, T. XVI ; Laurent, *op. cit.*, T. XX, n° 334.

(2) *Supra*, p. 56 sq

Tel est le sens de l'énergique formule employée par la Chambre Civile de la Cour Suprême dans son arrêt du 1^{er} juin 1929 (3) : « Telle est la force de la présomption sur laquelle il (le mandat tacite) repose qu'il dure encore alors même que les époux ont rompu la vie commune et que la femme a un domicile séparé ».

Pour parvenir à ce résultat, les tribunaux ont fait le raisonnement suivant : puisque la théorie du mandat tacite a pour fondement l'obligation qui pèse sur le mari de subvenir aux charges du ménage, ce mandat demeure aussi longtemps que l'obligation légale qui lui sert de base : la séparation entre époux qui ne la supprime pas, en principe, ne peut donc avoir aucune influence sur les pouvoirs ménagers de l'épouse (1).

Ce fut la conception batarde de la Jurisprudence jusqu'à la loi de 1942 qui est venue la confirmer en lui donnant la base légale qui lui faisait jusqu'alors défaut. Certains auteurs la lui ont amèrement reprochée et Binet écrit (2) : « Ç'a été trop souvent l'erreur de la Jurisprudence de vouloir, dans l'intérêt de l'épouse, maintenir, sous prétexte de la permanence du devoir marital d'entretien, l'application d'un mandat démenti par les faits ». Nous pensons, au contraire, que la Jurisprudence, placée devant les conséquences inacceptables parce qu'insuffisantes de la théorie du mandat tacite, s'est trouvée dans l'obligation d'appliquer les règles du mandat légal, préparant ainsi la voie à la réforme de 1942. Si quelque critique devait être élevée à l'endroit de cette jurisprudence, ce ne serait pas à notre avis (indépendamment de la logique juridique), d'avoir appliqué des solutions en désaccord avec le principe sur lequel elle prétendait s'appuyer, mais bien plutôt de continuer à proclamer un principe différent de celui que réclamaient les solutions qu'elle dégageait peu à peu. Du point de vue juridique, on peut prétendre que chaque fois que la loi établit une obligation d'entretien à la charge d'une personne, le créancier de cette obligation peut, par sa seule volonté, la rendre effective en achetant tout ce qui est nécessaire à sa subsistance, les fournisseurs ayant

(3) Civ. 1^{re} juin 1929, *Gaz. Pal.* 1929.2.381 ; D. P. 1931.1.79.

(1) Trib. civ. Seine, 14 décembre 1923, *Gaz. Trib.* 1925.2.168 : « Attendu que le docteur S. n'ayant traité qu'avec la dame P. n'avait d'action contre P. que si celui-ci, ayant la charge de pourvoir aux besoins de sa femme devait être considéré comme lui ayant conféré le mandat tacite de s'obliger ».

(2) Binet, *op. cit.*, p. 43.

une action directe contre le débiteur de l'obligation, dans la limite de ses facultés.

Quoi qu'il en soit, il est certain qu'aujourd'hui les solutions jurisprudentielles prennent toute leur valeur et qu'elles ne peuvent plus être discutées. Il nous faut donc entrer dans leur examen de détail, en examinant ce que deviennent les pouvoirs ménagers, dans les diverses hypothèses de séparation. Rappelons auparavant l'idée directrice de la Jurisprudence : l'obligation d'entretien du mari amène nécessairement à présumer le mandat tacite de la femme ; celui-ci disparaîtra donc lorsque l'obligation du mari cessera avec la séparation entre les époux (1) ou s'exécutera directement par voie de pension alimentaire (2).

A. — *La séparation est due à la faute du mari.*

C'est l'hypothèse qui semble écarter le plus radicalement toute possibilité d'un consentement du mari aux obligations de son épouse. Or l'obligation d'entretien subsiste alors (3), car l'époux ne peut se soustraire à l'exécution d'une obligation légale et on ne voit pas comment le mari pourrait se prévaloir pour refuser des aliments, d'une séparation non reconnue par la loi et dans laquelle la femme n'est pour rien ; peu importe d'ailleurs qu'il ait quitté le domicile conjugal ou qu'il ait renvoyé sa femme.

La pratique judiciaire n'a pas eu à statuer souvent sur le maintien des pouvoirs ménagers de l'épouse dans ce cas de faute du mari, cause de la séparation. Citons cependant un arrêt de la Chambre des Requêtes du 21 mars 1882 (4) qui condamne le mari à payer le prix des fournitures faites à sa femme séparée parce qu'il était reconnu, en fait et d'après les circonstances de la cause,

(1) Aux termes de l'article 214 du Code (texte de 1804) le devoir de cohabitation de la femme et l'obligation d'entretien du mari étaient corrélatifs. La loi de 1938 a séparé ces deux obligations en les inscrivant respectivement dans les articles 213 et 214, mais la corrélation demeure, la nouvelle rédaction ayant eu simplement pour but d'atténuer le caractère désobligeant de l'ancien article 214. Cf. Savatier, *Commentaire de la loi du 18 février 1938*, « *Les Lois Nouvelles* », 1938, p. 58, § 10.

Les pouvoirs ménagers de la femme subsisteront donc, au cas de séparation, sauf exception *non adimpleti contractus*.

(2) Nous laisserons de côté pour le moment l'hypothèse de pension alimentaire versée par le mari pour la traiter avec la question de la révocation des pouvoirs ménagers.

(3) Req. 2 janvier 1877, D. P. 1877.1.162. Aubry et Rau, *op. cit.*, T. VII, § 470, texte et note 8 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, T. I, n° 905 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, T. II, n° 2134.

(4) Dalloz, *Répertoire v° Contrat de mariage*, n° 1011, n. 2 et 3.

« qu'elle ne pouvait être réputée d'avoir refusé de réintégrer le domicile conjugal », et un arrêt de la Chambre civile du 24 décembre 1917 (1) qui déclare, à la suite d'un arrêt de la Cour d'Angers « qu'un arrêt qui constate qu'un mari a abandonné sa femme, la sachant sans autre moyen de vivre que son travail journalier, qu'il a dû, en connaissance de cause et par cette seule attitude, permettre à sa femme de recueillir et de conserver les fruits de son travail et de ses économies, reconnaît que la femme était investie d'un mandat tacite nécessaire et général de disposer librement ».

La doctrine approuve, dans son ensemble, cette Jurisprudence, suivant en cela Guillouard, qui écrit : « Le mari... en exigeant que la femme vive séparée de lui, n'a pu se soustraire à l'obligation de subvenir à ses besoins... et le mandat tacite lui est, pour ainsi dire, plus nécessaire lorsqu'elle vit seule que lorsqu'elle vit avec son mari » (2). Pour tous avec l'obligation d'entretien du mari subsiste le mandat domestique de la femme.

B. — *La séparation est le résultat d'une convention amiable entre les époux.*

Le cas le plus fréquent est celui des séparations amiables entre époux qui, d'un commun accord, décident de vivre chacun de leur côté. Ces séparations amiables jusque 1942, n'étaient pas illégales, mais ignorées par la loi puisqu'elles aboutissaient au même résultat que la séparation de corps par consentement mutuel (3). En conséquence, les conventions de pension alimentaire, que pouvaient contenir ces pactes amiables de séparation étaient nulles (4) et ne pouvaient modifier la solution à donner au maintien des pouvoirs ménagers de l'épouse.

(1) D. P. 1921.1.13 et S. 1920.1.65, note Naquet. Cf. Req., 13 février 1944, D. Req. n° Contrat de mariage, n° 1012. Req. 21 mars 1882, D. P. 1882.1.362 ; Req. 21 avril 1898, D. P. 1899.1.506. Dijon, 13 novembre 1895 ; D. P. 1896.2.133. Cass. 30 juin 1905. D. P. 1904.5.416. Paris, 5 décembre 1904. D. P. 1905.2.249, note Binet, S. 1907.1.145. note Hémard, Cass., 1^{re} juin 1929, Gaz. Trib. 1929.2.216.

(2) Guillouard, *op. cit.*, T. II, n° 868. Cf. Planiol, *Traité élémentaire de Dr. Civ. Français*, 9^e éd., T. I, n° 905.

(3) Civ., 14 juin 1882, D. P. 1883.1.248 ; 2 janvier 1907, D. P. 1907.1.137. Pau, 20 juin 1894, D. P. 1895.2.11. Trib. Seine, 18 juin 1934, D. H. 1934, p. 471. Trib. com. Fécamp, 27 décembre 1944, Gaz. Pal. du 23 février 1945.

(4) Laurent, *op. cit.*, T. III, n° 55 ; Planiol, *op. cit.*, T. I, n° 1302 ; Amb. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, T. I, n° 242 ; Beudant, *Etat et capacité des personnes*, T. I, n° 309.

Il est, dans ces hypothèses, un petit nombre de décisions qui, appliquant logiquement les principes du mandat, décidaient qu'avec la séparation de fait, cessaient les pouvoirs ménagers de l'épouse. C'est ainsi qu'un arrêt de Besançon du 25 juillet 1866 (1) déclare en termes formels, que, par suite de la séparation des époux, le mandat ne veut être présumé et il en conclut que dès lors les tiers « ne sauraient avoir d'autre action contre le mari que celle de la femme et par l'exercice des droits de cette dernière ». Citons aussi un arrêt de la Cour de Paris, rendu le 25 mai 1898 (2), qui décide que « en raison de la séparation de fait ayant existé depuis plus de dix ans entre les époux de Jouvenel d'une manière notoire... les principes généraux résultant du mandat donné à la femme par le mari doivent recevoir une exception ».

Il est d'autres décisions plus nombreuses, qui ne font aucune allusion au mandat domestique, mais reconnaissent aux créanciers des dettes contractées par la femme dans son intérêt personnel et celui de ses enfants, le droit de poursuivre le mari, soit au moyen de l'action oblique de l'article 1166 du Code civil soit en vertu de l'action fondée sur l'enrichissement sans cause (3) (action de *in rem verso*) soit, enfin, à l'aide de gestion d'affaires. Alors que dans la décision que nous avons précédemment rapportée la Cour de Besançon accordait aux créanciers de la femme l'action oblique (4), la même juridiction devait, dans une autre affaire, faire appel à la théorie de la gestion d'affaires (5).

Un petit groupe de tribunaux ont justifié les pouvoirs de la femme séparée par l'idée d'autorisation générale qui lui aurait été donnée par son époux, du fait même de la séparation. Ainsi un jugement du tribunal civil de la Seine (6) s'exprime dans les termes suivants : « Attendu que l'existence séparée des époux B..., l'indifférence manifeste de B... pour les actes de la dame B... autorissent à dire que cette dernière était, en l'espèce tout au moins, tacitement autorisée par son mari à effectuer les opérations dont

(1) Besançon, 25 juillet 1866, S. 1867.2.48 ; D. P. 1866.2.150. Cf. Paris, 11 mai 1874, D. P. 1875.2.41 et 9 décembre 1895 ; D. P. 1896.2.133.

(2) Paris, 25 mai 1898, D. P. 1899.2.309.

(3) Rennes, 26 août 1820, *D. Rep. v° Contrat de mariage*, n° 1014, n. 3. Civil, 12 janvier 1874, D. P. 1874.1.153.

(4) *Supra* p 117 : Cf. Trib. Paix Paris, 5^e arrond., 5 décembre 1904, D. P. 1905.2.249.

(5) Besançon, 15 juillet 1874, D. P. 1874.2.219 ; Cf. Toulouse, 26 octobre 1932, D. P. 1933.2.107.

(6) Trib. Seine, 22 août 1848, D. P. 1849.2.135.

il conteste à tort maintenant la régularité » (1). Le raisonnement est donc le suivant : en se désintéressant du sort de sa femme, le mari entend lui laisser le soin de pourvoir librement à ses besoins d'existence et lui fournit en ce sens toutes les autorisations nécessaires. Sa seule préoccupation est de ne pas être engagé par les actes de sa femme et, s'il s'abstient de reprendre en mains l'exercice de la puissance maritale, c'est qu'il approuve et autorise.

Nous savons combien du point de vue juridique est difficilement admissible la thèse de l'autorisation maritale tacite. Et de plus, il ne suffit pas que la femme puisse contracter, il faut qu'elle puisse engager le mari par ses actes.

Ces décisions, si elles témoignent de l'insuffisance de la théorie du mandat tacite, n'en sont pas moins conformes à la vraisemblance et puisqu'elles recherchent des théories complémentaires, c'est qu'elles admettent elles aussi, la disparition du mandat du fait de la séparation. Elles ne font, en somme, que reprendre la Jurisprudence de nos anciens Parlements, telle que nous la rapporte Toullier. Celui-ci nous cite, en ce sens, deux arrêts du Parlement de Paris, l'un du 31 juillet 1760, déboutant de sa demande la Duchesse de Lorges qui, séparée de son mari depuis quatorze ans prétendait lui faire payer ses dettes de fournitures s'élevant à 30.000 francs, l'autre du 27 juillet 1761 annulant, pour inexistence du mandat, les contrats passés avec des fournisseurs par la Duchesse de Villeroi qui vivait séparée de son mari depuis plus de trente ans (2).

Mais la Jurisprudence, dans sa grande majorité, maintient le mandat domestique aussi longtemps que dure l'obligation d'entretien et le fait résister à la séparation amiable entre les époux. Un des plus anciens arrêts qui ait admis cette solution est celui de la Cour d'Appel de Pau du 19 juillet 1823 (3) qui, pour l'application du mandat domestique juge indifférent « que la femme se trouve séparée de son mari ».

Un arrêt de la Cour de Paris du 5 janvier 1904 affirme que : « B... en se désintéressant d'une manière complète des faits et

(1) Trib. Seine, 8 juillet 1903, D. P. 1905.2.249. Cf. note Binet s/Paris, 5 janvier 1904, D. P. 1905.2.249 et note Hémar, s/Cass. 8 novembre 1905, S. 1907.1.145.

(2) Toullier, *op. cit.*, T. XII, n° 272.

(3) Pau, 19 juillet 1823, D. Rep., n° *Contrat de mariage*, n° 1012, n. 2. Cf. Req., 13 février 1844, *ibid.* n° 1012, n. 1. Douai, 13 mai 1846, S. 1847.2.24. Req., 21 mars 1882 ; D. P. 1882.1.263.

gestes de sa femme, lui a évidemment donné le mandat de disposer à son gré des ressources qu'elle pouvait se procurer ». On aimerait savoir ce qu'aurait décidé la Cour de Paris, si la femme n'avait pas eu de ressources, bien qu'elle affirme que « le mandat domestique subsiste malgré la séparation de fait » (1).

Enfin un arrêt de la Chambre civile de la cour de Cassation du 1^{er} juin 1929 (2) est tout à fait formel, décidant que « le pouvoir de la femme de représenter le mari dure encore alors même que les deux époux ont rompu la vie commune et que la femme a un domicile séparé ». Cette importante décision fait appel à l'idée de pouvoir de représentation alors que les précédentes, parfois contre l'évidence, induisaient du consentement du mari à la séparation de fait un mandat général accordé à la femme, les pouvoirs domestique de celle-ci trouvant leur fondement dans la convention de séparation qui, au lieu d'anéantir le mandat, le créerait s'il était besoin, en tous cas lui donnerait un vigueur nouvelle (3), comme si le consentement à la séparation n'était pas tout autre chose que le consentement à se laisser obliger par les actes de sa femme (4).

Parfois la Jurisprudence se contente d'ailleurs sans employer le terme même de mandat, de tenir le mari comme naturellement obligé par les engagements de son épouse qui ont trait à des acquisitions destinées au ménage.

Ainsi le Tribunal civil de Rennes (5) dans l'hypothèse d'époux séparés d'un commun accord et où la femme avait loué un appartement pour y venir avec un de ses enfants, a décidé que le mari se trouvait *directement* engagé vis-à-vis du propriétaire et tenu au

(1) Paris, 5 janvier 1904, D. P. 1905.2.252. Cf. Rennes, 12 novembre 1911, *Gaz. Pal.*, 1911.2.457.

(2) Civ. 1^{re} juin 1929, précité. Cf. Douai, 27 juillet 1926, *Rec. Douai*, 3 août 1927.

(3) Trib. Versailles, 16 juillet 1873, D. P. 1875.2.41. Les époux avaient convenu en se séparant que le mari paierait à la femme une pension annuelle. Or, dit le jugement, « sans qu'il soit besoin de rechercher ici si de semblables engagements sont valables et peuvent produire effet dans les relations de l'un des époux avec son conjoint, il n'est pas douteux que la dite convention comprenne implicitement l'autorisation donnée par le mari à sa femme de contracter avec des tiers, ainsi que le mandat, par lui conféré à la femme, d'aliéner et d'engager les biens de communauté pour les besoins et la subsistance de la femme ». Cf. Dijon, 13 novembre 1895 : D. P. 1896.2.133.

(4) En Belgique, certaines décisions affirment aussi que le mari en autorisant la femme à avoir une résidence personnelle, confirme par là même les pouvoirs qu'il est censé lui donner pour le représenter : « Attendu que si le mari permet à la femme de vivre séparément et que si la femme prend à bail le logement nécessaire à son habitation, elle doit être considérée, jusqu'à preuve contraire, comme agissant en vertu d'un mandat tacite résultant du mariage ». Trib. Gand, 18 décembre 1895. *Pasicrisie* 1896.III.96.

(5) Trib. Rennes, 12 juin 1911, *Gaz. Pal.*, 1911.2.457.

paiement des loyers. Il admet cette conséquence comme la chose la plus naturelle et il apparaît que le tribunal n'a eu en vue que l'obligation du mari d'assurer le logement à sa femme, comme d'autres juridictions n'ont voulu sanctionner ainsi que son obligation d'assurer la conservation de la santé de son épouse. Peut-être ont-ils voulu ainsi se rallier à l'idée d'un pouvoir propre de la femme fondée sur l'obligation alimentaire de son mari, ainsi que M. Nast l'a exprimé dans sa note.

La plupart des auteurs se prononcent également, en cette hypothèse, en faveur du maintien de la présomption de mandat (1) ; comme les tribunaux, il font état de l'obligation d'entretien que l'article 214 impose au mari et qui met ce dernier dans l'alternative ou de servir une pension alimentaire à sa femme (auquel cas le mandat disparaît, la pension alimentaire équivalant à sa révocation) (2) ou de continuer à payer les dépenses ménagères de son épouse : « En réalité, écrit M. Beudant (3) les circonstances ordinaires d'une séparation de fait quelconque n'ont pas la signification d'une révocation tacite, car le devoir du mari d'entretenir sa femme ne cesse jamais pendant le mariage, si bien qu'une présomption de mandat devient en quelque sorte mieux fondée, parce que le mandat est plus urgent dans le cas de séparation de fait que dans le cas de vie commune ». Nous ne le nierons pas, mais cela revient à dire que la présomption de mandat repose sur la loi et non sur la volonté du mari, que les pouvoirs de la femme sont d'origine légale et non contractuelle. Et M. Josserand, faisant la même confusion entre mandat tacite et pouvoir de représentation, écrit : « Le mandat tacite puise sa source dans les devoirs qui incombent au mari et échappe donc ainsi, par son but, à la fantaisie et au bon vouloir de celui-ci » (4).

A côté de ces séparations convenues entre les époux et ignorées par la loi, doivent être mentionnées les séparations entre époux, conséquence d'une autorisation du tribunal donnée à la femme d'avoir une résidence séparée. Nous voudrions les examiner car

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, T. VIII, p. 122 ; Guillouard, *op. cit.*, T. II, n° 868 et s. ; Huc, *op. cit.*, T. IX, n° 644.

(2) A condition, pour la plupart des auteurs, que la pension alimentaire soit connue des tiers.

(3) Beudant, *op. cit.*, T. X, n° 349.

(4) Josserand, *op. cit.*, 3^e éd., T. I, n° 1012.

une évolution s'est produite en cette matière qu'il est intéressant de retracer.

Notre ancienne Jurisprudence admettait déjà des hypothèses de ce genre et c'est ainsi qu'au ^{xvii}^e siècle, le Parlement de Metz, refusant la séparation de corps à une femme dont le mari était atteint d'une affreuse maladie, décidait, en 1638, que la femme se retirerait chez sa mère pendant un an (1). Le même Parlement jugeait le 4 février 1801 que « Thérèse Vaillant rentrera en la compagnie dudit Maucolin (son mari)... en rapportant pour lui un certificat de complète guérison » (2). Les Parlements se sont d'ailleurs toujours réservé un large pouvoir d'appréciation dans le règlement des difficultés conjugales.

L'article 214, tel qu'il résultait de la rédaction de 1804, paraissait empêcher une telle séparation de justice, puisqu'il ordonnait à la femme de suivre son mari partout où il jugerait à propos de résider. Mais la Jurisprudence admit très rapidement que ce devoir pour la femme trouvait une limite dans le devoir de protection que l'article 213 mettait à la charge du mari, en tant que compensation du devoir général d'obéissance. L'obligation de cohabitation devenait ainsi pour la femme corrélatrice de celle imposée à son mari de la recevoir d'une manière digne d'elle (3).

Si le mari manquait à son obligation, la femme devait pouvoir être autorisée à résider séparément. C'était là une exception à l'interdiction de principe des séparations de fait entre époux. Rares étaient d'ailleurs les cas dans lesquels les tribunaux admettaient ces séparations et chaque fois ils condamnaient le mari à payer à son épouse une pension alimentaire (4).

Avec la loi de 1938, la femme s'est vu reconnaître législativement un recours contre la décision du mari fixant abusivement la résidence du ménage, recours dont la procédure était prévue par l'arti-

(1) Merlin, *Rép. v° Séparation de corps*, § 1, n° 8.

(2) Merlin, *ibid.*, § 1, n° 9; voir aussi § 3, nos 10, 11, 12 et 13.

(3) Duranton, *Le droit français suivant le Code civil*, T. II, n° 437; Demolombe, *Du mariage*, T. II, n° 95. Si les faits qui mettent obstacle à la cohabitation viennent à cesser, la femme ne peut plus refuser de réintégrer le domicile conjugal.

(4) Req. rej. 2 janvier 1877, S. 1877.1.257; D. 1877.1.262. Pau, 8 mai 1890, S. 1891.2.3. Bastia, 20 mai 1902, D. P. 1904.2.231. Req., 27 janvier 1908, D. P. 1908.1.154. Contre Bordeaux, 3 janvier 1882, S. 1882.2.116.

Indiquons que le mari s'est toujours vu refuser l'autorisation de résider séparément. Le devoir de cohabitation du mari a toujours été considéré comme absolu, car il ne peut que s'en prendre à lui-même si la vie commune n'est pas conforme à ses désirs, Laurent, *op. cit.*, t. III, n° 88, p. 118 et 119.

cle 213 et qui aboutissait à une autorisation de justice de résider séparément. Les pouvoirs exacts du tribunal saisi du recours n'avaient d'ailleurs pas été tranchés par cette loi. La Jurisprudence s'était fixée en ce sens que le juge ne pouvait que suspendre l'obligation de cohabitation, le cas échéant à titre temporaire seulement, et autoriser la femme à avoir une résidence séparée sans pouvoir imposer au mari une résidence autre que celle qu'il avait choisie (1).

La loi du 22 septembre 1942 a, dans les grandes lignes, confirmé cette Jurisprudence. Modifiant quelque peu les cas donnant ouverture au recours de l'épouse, elle a ajouté que la dispense de résider pouvait, le cas échéant, s'appliquer aux enfants. Toutefois, la femme est désormais obligée de résider au lieu fixé par le jugement ; elle ne peut plus changer de résidence, sans nouvelle autorisation du juge.

Si nous étudions cette question dans la partie consacrée aux séparations de fait et non aux séparations légales, c'est que l'article 213 n'a pas eu pour but de créer et d'organiser une séparation judiciaire proprement dite. Le tribunal permet seulement à la femme de ne pas habiter au lieu choisi par le mari et la séparation ne découle pas obligatoirement de cette décision : le mari peut prendre la décision de venir habiter avec sa femme et cette dernière n'a aucun moyen de lui interdire sa porte. La séparation ne résulte donc que de la volonté des parties et aucune organisation ne lui est donnée par le législateur.

Certains ont redouté l'instauration d'une telle procédure très proche de celle du divorce et qui, pour eux, y conduirait, qui, en tous cas, consacrerait la mésintelligence entre les époux. Cette séparation risquerait d'après eux d'être bien souvent définitive, car ces mesures constitueraient une fin et les rapports des époux souffriraient plus des discussions et des dissensions dont elles seraient la cause qu'en matière de divorce où, étant donné leur caractère particulier, on transigerait plus facilement.

Mais l'examen de la Jurisprudence depuis 1938 (2), montre que la faculté ouverte à la femme n'a pas été une mesure vaine et que le recours à la décision du juge « l'une des innovations les

(1) Colin, Capitant, Julliot de la Morandière, *op. cit.*, 10^e édit., t. I, n° 778.

(2) M. Ancel. — *Les droits et les devoirs des époux selon la loi du 22 septembre 1942*, Paris, 1943, p. 13.

plus heureuses de la loi du 18 février 1938 » n'est pas nécessairement le prélude au divorce. Il est aussi certain, que, ce faisant, on diminue le nombre des séparations de fait et qu'on en soumet un grand nombre au contrôle de la justice, ce qui ne peut être blâmé.

Pour notre part, nous approuvons le législateur d'avoir permis aux époux de vivre séparément tout en étant en règle avec la loi et avec les convictions religieuses qu'ils peuvent avoir touchant l'indissolubilité du mariage (1). On pourrait, peut-être, souhaiter seulement de voir organiser cet état de séparation, ce qui supprimerait bien des difficultés. Une fois juridiquement constaté, l'état de séparation de fait que des divergences de tempérament et des fautes graves rendent parfois inévitables — et cette constatation n'aurait pas besoin d'être l'objet d'une instance principale, mais pourrait se faire par simple voie incidente, au cours par exemple d'une instance relative à la garde des enfants ou au paiement des frais de leur éducation — les juges devraient avoir le pouvoir d'édicter, en ce qui concerne la femme, les enfants et les intérêts pécuniaires des époux, les mesures estimées indispensables qu'on ne peut aujourd'hui obtenir que par une instance en séparation de corps ou en divorce. Ainsi serait rendu plus tolérable pour la femme l'état de séparation de fait et c'est la raison pour laquelle nous avons voulu y insister dans le cadre de cette étude.

En ce qui concerne les pouvoirs ménagers de l'épouse, il est certain que ceux-ci demeurent malgré la séparation de fait, à moins que le tribunal n'ait condamné le mari à payer une pension alimentaire.

C. — *La séparation est due à la femme qui a quitté le domicile conjugal.*

Le lien entre l'existence de l'obligation du mari de subvenir à l'entretien du ménage et le mandat domestique de l'épouse va, ici encore se trouver sauvegardé.

Auteurs et Jurisprudence sont, en effet, unanimes pour décider que le mandat domestique ne peut plus alors être invoqué par la

(1) Surtout depuis la loi du 6 juin 1908 sur la conversion de la séparation de corps en divorce.

femme. La raison en est très longuement exposée dans une décision du Tribunal de paix de Vendôme du 26 octobre 1910 (1) qui s'exprime ainsi : « Si le mari est tenu de fournir à la femme tout ce qui est nécessaire aux besoins de la vie, selon ses facultés et son état, cette obligation est le corollaire de celle qui incombe à la femme d'habiter avec son mari. Par suite, la femme qui abandonne le domicile conjugal et s'en tient éloignée, décharge par là même le mari de l'obligation de subvenir à ses besoins (2) et ne peut, pas plus que ses fournisseurs, poursuivre contre celui-ci l'exécution qui n'a plus de cause ni de raison d'être ».

Huc écrit (3) : « Si la femme abandonne le domicile conjugal contre le gré de son mari, elle cesse d'être la mandataire de celui-ci et ne peut l'obliger car le mari est en droit de lui denier tout secours pécuniaire ».

Laisser à la charge du mari les dettes que la femme, dans une pareille situation, a faites pour sa nourriture et son entretien, ce serait, en quelque sorte, sanctionner l'état de contravention où celle-ci s'est mise relativement à ses devoirs conjugaux, autoriser, sinon encourager l'abandon qu'elle fait du domicile de son mari, et puis ce serait en outre priver le mari du seul moyen efficace qu'il a pour contraindre sa femme à réintégrer le domicile conjugal, à savoir le refus d'aliments (4). Nombreuses sont les décisions qui, rendues par tribunaux, Cours d'Appel et Cour de Cassation, ont adopté la même solution (5), en assimilant au cas de désertion du

(1) Trib. paix Vendôme, 26 octobre 1910, D. 1913.2.247.

(2) L'obligation alimentaire cesse si la femme a abandonné le domicile conjugal : Civ., 12 janvier 1874, D.P. 1874.1.153. Req., 4 décembre 1888, D.P. 1890.1.340. Dijon, 21 janvier 1891, D. P. 1891.2.349.

(3) Huc, *op. cit.*, t. IX, n° 154.

(4) L'obligation d'entretien disparaît avec la violation du devoir de cohabitation : Note Nast sous Trib. Seine, 2 juillet 1922, D. P. 1924.2.105 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VII, § 470, *texte et note* 5 ; seul le devoir de secours demeure en vertu de l'article 212 : Besançon, 5 juillet 1874, D. P. 1874.2.219.

L'obligation d'entretien ne disparaît pas d'ailleurs de plein droit, mais le mari pourra opposer, comme une exception, l'inexécution du devoir de cohabitation. Si le mari est complice, il est irrecevable à soulever cette exception : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. La complicité active n'est d'ailleurs pas nécessaire ; il suffit que le mari n'ait pas fait son possible pour faire réintégrer sa femme au domicile conjugal. Cass., 21 mars 1882, D.P. 1882.1.362. S. 1883.1.112.

(5) Cass. civ., 12 janvier 1874, D. P. 1874.1.153 ; 1^{er} juin 1929, D. P. 1931.1.79. Req., 11 décembre 1888, D.P. 1890.1.340.

Paris, 22 novembre 1889, D. 1891.2.257. Dijon, 4 février 1888, D. 1889.2.243 ; 21 janvier D. 1891.2.349. Lyon, 7 décembre 1901, *Gaz. Pal.* 1902.1.63. Trib. Seine, 17 juin 1893, *Gaz. Pal.*, 1893.2.232 ; 14 décembre 1923, *Gaz. Trib.*, 925.2.167.

Trib. paix Seine 14 avril 1905, D.P. 1905.2.249. Colin et Capitant, *op. cit.* t. I, p. 365.

domicile conjugal par la femme, celui où elle quitte, sans autorisation, la résidence qui lui a été judiciairement assignée pendant l'instance en séparation de corps ou en divorce (1).

Reste enfin à examiner le cas où les époux vivent séparés au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps, en vertu d'une ordonnance du Président du Tribunal.

D. — *La séparation est la conséquence d'une instance en divorce ou en séparation de corps.*

La même opposition se rencontre entre les auteurs et les tribunaux peu nombreux qui appliquent les principes du mandat tacite et ceux qui continuent à reconnaître à l'épouse ses pouvoirs ménagers.

Pour les premiers, par le fait de la cessation de la vie commune, le mandat domestique de la femme est suspendu. C'est ainsi qu'un jugement du Tribunal civil de la Seine en date du 14 mars 1889 (2) et, par adoption de motifs, un arrêt confirmatif de la Cour de Paris du 7 mars 1890 rejettent l'idée du mandat tacite invoqué, la femme ayant quitté le domicile conjugal à la suite d'une instance en divorce. Un autre jugement du Tribunal de la Seine du 15 mars 1899 décide que la femme n'a pu obliger le mari comme chef de la communauté, « les fournitures ayant été faites à une époque où la femme en instance de divorce, vivait en dehors du toit conjugal, dans un domicile qui lui avait été assigné par la justice » (3).

Mais, à côté de cette opinion, d'autres décisions jurisprudentielles maintiennent le mandat domestique en dépit de la séparation de résidence, pour ce motif que l'obligation alimentaire n'a pas pris

(1) Trib. Lyon, 11 mars 1891, *Gaz. Pal.* 1891.2.535 (Jurisprudence antérieure à la loi du 18 février 1938).

Toutes ces solutions ne peuvent pas nuire à la sécurité du commerce, car la séparation de fait constituée par elle-même une mesure de publicité suffisante : aux fournisseurs qui connaissent le ménage auparavant, elle doit inspirer la méfiance et le souci de se renseigner sur l'époux qui en supporte la responsabilité. Trib. Lyon, 7 décembre 1901 ; *Gaz. Pal.*, 1902.1.63 et Trib. Seine, 27 avril 1931, D.H. 1931, p. 374. Quant aux autres fournisseurs, ils ignorent que la femme est mariée et ne comptent pas sur le crédit du mari, la croyant veuve ou célibataire : Trib. Paix Paris, 5 octobre 1906, *Gaz. Trib.* 1907.1.120.

(2) Trib. Seine, 14 mars 1889, D. P. 1891.2.259 s. Paris, 7 mars 1890.

(3) Trib. Seine, 15 mars 1899, *Gaz. Pal.*, 1899.1.649. Cf. Trib. Seine, 15 octobre 1930, *Mon. des juges de paix*, 1931, p. 40.

fin avec l'instance en divorce ou en séparation. On peut citer à l'appui de cette seconde thèse l'arrêt de Dijon du 11 juillet 1872 (1) qui, dans la célèbre affaire des époux de Chanay, a considéré le mandat comme subsistant malgré la disjonction des domiciles et, en outre, malgré la révocation expresse du mandant (ce dernier motif a d'ailleurs suffi à la Chambre Civile de la Cour Suprême pour casser l'arrêt, sans avoir à prendre parti sur l'influence de la séparation), et un jugement du Tribunal de la Seine en date du 9 mai 1883 (2) qui déclare « que dans ce cas même (demande en séparation de corps) le mari est tenu des dettes contractées par la femme pour son entretien ». Il faut ranger dans la même catégorie les décisions qui, en fait, ont admis la cessation du mandat domestique, mais pour des motifs étrangers à la circonstance de séparation, que ce soit parce que le mari n'avait plus aucun bien à sa disposition (3) ou parce qu'il versait à sa femme une pension alimentaire pour subvenir à ses besoins (4).

A notre avis, l'hypothèse que nous examinons en ce moment présente bien des aspects différents des précédentes. Il s'agit, en effet, d'une séparation légale, ce qui entraîne deux conséquences importantes : d'une part, elle est connue des tiers sans nul doute et, d'autre part, le Président en l'ordonnant peut, si cela lui paraît nécessaire, condamner le mari à verser une pension à sa femme pour subvenir à ses besoins. Pratiquement donc les pouvoirs ménagers de l'épouse ne sont plus nécessaires. Telle est l'opinion de M. Rouast qui écrit : « Le maintien du mandat n'est pas utile à la femme qui plaide en divorce ou en séparation parce qu'elle a droit à une provision alimentaire ; d'autre part la situation est plus nette vis-à-vis des tiers qu'en cas de séparation de fait ; ils peuvent difficilement ignorer la mésintelligence des époux qui plaident en divorce ; ils n'auront donc plus de raison de persister à tenir la femme pour mandataire de son mari » (5).

Aussi n'est-il pas étonnant que les dernières décisions paraissent refuser à la femme ses pouvoirs ménagers dans ce cas. C'est ainsi

(1) Dijon, 11 juillet 1872, D. 1874.-153 s. Cass., Civ., 12 janvier 1874.

(2) Trib. Seine, 9 mai 1883, D. P. 1891.2.257.

(3) Poitiers, 23 décembre 1889, D. P. 1890.2.360.

(4) Lyon, 7 décembre 1901, *Gaz. Pal.*, 1902.1.63. Cf. Vendôme, 26 octobre 1910, D. P. 1910.2.247.

(5) Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, t. II, n° 601.

qu'un jugement du Tribunal civil d'Amiens du 8 janvier 1925 (1) décide que le mandat tacite a pris fin avec la demande en divorce ou en séparation. Le Tribunal de Paix de Paris, le 9 octobre 1936, et le Tribunal civil d'Epinal, le 4 juillet 1936, adoptent la même solution (2).

Ainsi nous avons vu comment la Jurisprudence, tantôt par fictions, en faisant découler le mandat du consentement que le mari n'a donné que pour la séparation, tantôt en affirmant la persistance du mandat sans la justifier autrement, parfois même en refusant presque au mari le droit de révoquer le mandat, a maintenu les pouvoirs de l'épouse chaque fois que l'obligation du mari aux charges du ménage subsistait inexécutée.

Mais, ce faisant les tribunaux, s'écartant des règles générales du mandat et loin de tenir compte de la volonté du mandataire, la déformaient quand ils ne la contradisaient pas. Ainsi sans bien se rendre compte de la transformation qu'ils faisaient subir aux pouvoirs ménagers de la femme, mais d'une façon certaine, les tribunaux faisaient découler du mariage lui-même le droit pour la femme d'obliger le mari et la communauté pour les besoins du ménage. Dès lors il n'est plus étonnant que la Jurisprudence ait maintenu les pouvoirs de la femme malgré la séparation des époux. Pour elle, le mandat subsiste tant qu'il n'est pas expressément révoqué. Ainsi elle imaginait une construction qui s'écartait des principes exacts de la loi tout en semblant y demeurer fidèle : elle invoquait le mandat du mari, mais elle le transformait en un pouvoir de l'épouse découlant du mariage. Il ne faut pas s'étonner si un système un peu confus, parfois contradictoire s'est ainsi édifié, où la femme apparaît, tantôt comme exerçant des droits propres, tantôt comme tenant ses droits de son mari. Mais il n'en est pas moins certain qu'au milieu de ces incertitudes, les tribunaux ont su, peu à peu, dégager des solutions précises que la loi du 22 septembre 1942 s'est bornée à consacrer.

Désormais le problème des séparations de fait ne se pose, pour ainsi dire plus. Celles-ci n'entraînent plus aucune répercussion sur

(1) Amiens, 8 janvier 1925, *Gaz. Pal.*, 1925.1.574.

(2) Trib. Paix Paris, 9 octobre 1936 ; *Gaz. Pal.*, 1936.2.795. Trib. Epinal, 4 juillet 1936, *Gaz. Pal.*, 1936.2.437.

les pouvoirs ménagers de l'épouse qui demeurent sauf révocation du mari (1).

Deux points peuvent présenter quelques difficultés.

D'une part, au cas de séparation due à la faute de la femme, il est certain que celle-ci perdra ses pouvoirs ménagers comme auparavant. De cette solution, deux explications peuvent être données : pour ceux qui voient dans le pouvoir de représentation de la femme la conséquence de l'obligation pour le mari de subvenir aux charges du ménage, la disparition de celle-ci entraîne la perte pour la femme de ses pouvoirs ; pour nous, qui voyons dans ces pouvoirs une prérogative naturelle, nous disons que la femme en quittant le domicile conjugal s'est soustraite à la charge de maîtresse de maison : elle ne peut donc plus l'exercer, le cercle d'action domestique de l'épouse a disparu, son ministère de l'intérieur a cessé, il ne peut plus être question qu'elle ait les pouvoirs d'administrer un ménage dont elle s'est volontairement séparée.

D'autre part au cas de séparation légale, nous estimons que la femme voit disparaître ses pouvoirs ménagers, qui ont pour fondement l'existence d'un ménage commun auquel les deux époux collaborent. Dès lors, les pouvoirs légaux cessent du jour où la vie commune a cessé légalement.

Nous sommes donc à même de conclure en disant que le mariage est la condition nécessaire et suffisante des pouvoirs ménagers de l'épouse. Le régime pécuniaire des époux, leur communauté de vie ne peuvent influencer leur existence. Mais pour que ces pouvoirs lui soient reconnus, notamment au cas de séparation de fait, encore faut-il que l'on puisse leur donner un champ d'action où ils pourront se manifester : ainsi sommes-nous tout naturellement amenés à étudier l'objet des pouvoirs domestiques de l'épouse, lequel, lui aussi, ne doit pas dépendre de la volonté du mari, mais seulement du rôle de la femme dans le ménage.

(1) Cette révocation peut se produire au moment de la séparation, conséquence du versement d'une pension alimentaire à l'épouse, par exemple, aux conditions de toute révocation. Nous les examinerons plus loin.

CHAPITRE TROISIEME

DE L'OBJET DES POUVOIRS MENAGERS DE LA FEMME MARIEE

Rechercher quels sont les actes que l'épouse peut passer en vertu de ses pouvoirs ménagers, tel est le but de ce chapitre.

Comme nous l'avons fait au début de chacune des questions que nous avons déjà eues à examiner et conformément au but que nous nous sommes proposé, indiquons dans quel esprit nous allons faire cette recherche et quelles sont, en ce domaine, les influences de l'évolution générale de la Jurisprudence, de la loi de 1942 et de l'idée d'un pouvoir propre.

Partant de la théorie du mandat tacite, les tribunaux ont forcément été conduits à déterminer les actes que la femme mariée pouvait conclure en vertu du mandat présumé et cela en dehors de toute précision donnée par le mari. Or, tout naturellement, les tribunaux ont été plus ou moins amenés à dégager le champ d'application des pouvoirs de l'épouse de l'idée que celle-ci détient une mission particulière dans l'administration du ménage. Il faudra essayer de dégager le critérium général ainsi adopté par la Jurisprudence à partir des solutions données dans chaque cas particulier.

Mais si cette attitude des tribunaux était conforme à la théorie du mandat tacite, encore eût-il fallu qu'ils se fissent application de ce critérium qu'en dehors de toute manifestation de volonté de la part du mari. Ce ne fut pas là leur ligne de conduite et, peu à peu, ils en vinrent à faire prédominer les règles objectives sur la volonté du mandant dont le rôle fut de plus en plus réduit. L'étendue des pouvoirs ménagers en vint ainsi aux yeux de la Jurispru-

dence à s'uniformiser pour tous les ménages, toute femme mariée jouissant de pouvoirs identiques. C'était une fois de plus pour les tribunaux l'occasion de marquer leur désir de résoudre le problème comme si les prérogatives de la femme dérivait du mariage et non du mari.

Dans ces conditions, la loi du 22 septembre 1942 n'eut qu'à employer l'expression « besoins du ménage » pour déterminer l'objet du pouvoir de représentation de toute femme mariée, renvoyant pour le détail aux solutions de la Jurisprudence.

Nous essayerons de porter un jugement d'ensemble sur cette construction jurisprudentielle afin de rechercher les points sur lesquels il serait souhaitable de voir une évolution se produire, de manière à donner à l'épouse une sphère d'activité correspondant à sa mission. L'idée d'un pouvoir propre n'amène pas, en effet, de modification quant à la détermination de l'objet des pouvoirs ménagers. Elle réclame seulement que celle-ci, œuvre de la loi corresponde bien à la répartition des tâches entre les époux.

L'intérêt de cette étude qui, à première vue, peut paraître secondaire et parfois semblera un peu fastidieuse, est cependant grand, car c'est toute la conception de la vie conjugale qui est en jeu et ce sont les principes mêmes de son organisation qui en dépendent.

Le mariage unit deux êtres qui veulent coopérer à la construction d'un foyer. Or, par une répercussion inévitable, cette union de personnes va créer une association d'intérêts pécuniaires. Ce qui est évident pour le régime de communauté ne l'est pas moins du régime sans communauté et du régime dotal qui aboutissent à une mise en commun des patrimoines de chacun des époux tout au moins quant à l'administration et à la jouissance. Même dans le régime de séparation de biens qui paraît pourtant maintenir indépendantes les deux fortunes quant à leur propriété et à leur administration, une répartition des tâches s'opèrent entre les époux au mépris des principes de la loi ; il se crée entre eux une mise en commun d'activité qui fait naître le ménage de sorte que la femme contracte nécessairement dans son intérêt des dettes dont le ménage doit répondre et pour lesquelles le mari pourra être poursuivi. Il est donc indispensable de déterminer les actes qui rentrent dans la sphère d'activité de la femme et engagent son mari.

Il est un autre aspect du problème, peut-être encore plus capital,

parce qu'il touche le problème théorique du régime matrimonial à adopter en France. La solution ne peut-être pour le droit français dans l'adoption générale d'un régime de séparation de biens supprimant toute société conjugale à l'instar des législations anglo-saxonnes. Imbue de principes individualistes, cette solution ne répond pas à l'idéal d'entente et d'union que le droit français et la civilisation chrétienne se sont fait traditionnellement de la vie conjugale ? La cohésion familiale doit être sauvegardée et l'on peut se demander si le régime de la séparation de biens ne sacrifie pas l'intérêt supérieur du ménage aux droits personnels des époux. Notre pays, terre génératrice du régime de communauté, ne doit pas et ne peut pas s'orienter vers des solutions plus ou moins inspirées du régime de séparation de biens. La voie à suivre doit être, au contraire, dans l'adoption de solutions vraiment communautaires où les personnes et les intérêts des deux époux seront intégralement respectés au plus grand bénéfice du ménage qu'ils forment.

Mais, pour que cette solution l'emporte, il faut que le régime de communauté puisse faire régner l'équilibre entre les pouvoirs des deux époux, dans une collaboration véritable et un partage de responsabilités correspondant à leur mission propre.

Or, comme pratiquement il est impossible de songer à reconnaître aux deux époux des droits égaux sur le patrimoine social, soit en exigeant leur concours permanent pour tous les actes d'utilité commune, soit en laissant indistinctement à chacun d'entre eux le droit d'agir seul pour les intérêts conjugaux, la solution doit être dans un partage de pouvoirs entre les époux, partage d'autant plus facile à réaliser que, si ceux-ci ont une dignité de personne équivalente, ils n'en sont pas moins différents et que précisément ces différences qui en font deux êtres complémentaires, loin d'être ignorées par le droit, doivent être le point d'appui d'une législation sage et juste.

Déterminer l'objet des pouvoirs ménagers de l'épouse, c'est donc délimiter le champ d'activité des deux époux et permettre une organisation raisonnable de leur tâche respective.

SECTION I

De l'œuvre jurisprudentielle dans la détermination de l'objet des pouvoirs ménagers

Deux procédés s'offraient aux tribunaux pour déterminer les actes que la femme peut conclure en vertu de ses pouvoirs ménagers.

Le premier consistait dans la réglementation minutieusement établie des différentes branches d'activité que comportent ces pouvoirs. Il se serait agi, dès lors, de dresser la liste des opérations juridiques qui seraient permises à la femme.

Ce procédé de l'énumération avait été adopté par certaines législations allemandes du XVIII^e siècle (1), qui avaient poussé l'analyse très loin.

Mais la lecture de ces documents suffit à en démontrer l'inutilité. Il apparaît, en effet, que ces énumérations, si longues soient elles, n'ont jamais pu embrasser l'infinie variété des actes qui rentrent dans l'activité ménagère de l'épouse et de la mère. Une maîtresse de maison est amenée à effectuer mille besognes qui ne peuvent faire l'objet d'une énumération complète. Leurs auteurs l'ont si bien compris qu'ils ont dû compléter leur liste par une formule générale et nécessairement vague et compréhensive, destinée à réparer les omissions inévitables, permettant à l'épouse « de contracter

(1) *Ordonnance du Lippe Detmold de 1786*, art. 16. La femme peut engager des domestiques féminins, acheter du mobilier, des vêtements et ce qui est nécessaire pour la table, inversement vendre ce qui est superflu ou inutile dans le ménage et en général contracter dans les buts domestiques et économiques qui ne se peuvent déterminer d'une manière absolue, mais seulement d'après la condition de chaque famille et chaque train de vie.

Landrecht de Bamberg de 1796, Art. 18. « Certaines affaires de la maison incombent à la femme telles que son propre habillement et celui de ses filles, le soin des domestiques féminins, de la cuisine, du linge blanc et autres choses analogues ».

Landesordnung de Castel de 1801. Ar. 78. La femme ne peut rien aliéner, excepté :

a) Ses objets d'habillement et ceux de ses enfants qui sont passés de mode et ne sont plus utilisables autrement ;

b) Les petits ustensiles domestiques et culinaires généralement laissés à ses soins ;

c) Les choses de ménage que la coutume du pays lui abandonne, tels que le beurre, les œufs, la graisse et la volaille.

Elle ne peut rien acheter, excepté :

a) les vêtements nécessaires à elle-même et à ses enfants ;

b) les ustensiles domestiques et culinaires, les lits et le linge blanc ;

c) les vivres et provisions pour la cuisine ;

d) ce qui rentre dans le domaine du petit ménage qui lui est confié.

en général dans des buts domestiques et économiques » lui confiant « le soin des autres choses analogues » ou l'autorisant à acheter « ce qui rentre dans le domaine du petit ménage ». Mais il est alors normal de se demander si cette formule finale n'aurait pas suffi et si elle ne rendait pas inutile les énumérations qui précédaient.

Ce procédé étant ainsi abandonné, restait à la disposition de la Jurisprudence celui qui revenait à ne donner de l'objet des pouvoirs ménagers qu'une définition brève et large susceptible d'embrasser toute la variété des actes de l'épouse, les tribunaux n'ayant plus dès lors qu'à se demander, dans chaque espèce, si l'opération juridique considérée rentre bien dans la formule générale.

Il est bon d'ailleurs de souligner le caractère objectif de cette recherche. Lorsqu'il s'agit, en effet, de déterminer quels types d'actes sont permis à la femme, la réponse sera la même, quel que soit le ménage considéré, ce qui constitue une différence essentielle avec le problème que nous rencontrerons plus loin, lorsqu'il faudra déterminer la mesure dans laquelle l'épouse pourra faire ces actes juridiques ; dans ce cas, en effet, la réponse à donner dépendra des conditions de vie propres du foyer. Si, par exemple, toute femme mariée peut contracter des dépenses relatives à son habillement personnel ou à celui des enfants issus du mariage, on pourra admettre que l'achat d'un bijou ou d'une fourrure d'un certain prix se justifie de la part d'une femme appartenant à un milieu social élevé, mariée à un homme ayant une situation en vue, et qu'il soit excessif de la part d'une femme appartenant à un milieu plus modeste. En d'autres termes, alors que dans le second problème, on aboutira à une solution d'après une appréciation concrète des faits, dans celui qui nous intéresse pour le moment on dégagera la solution d'un critérium abstrait.

Nous aurons donc, puisque la Jurisprudence a adopté raisonnablement le second procédé, à déterminer tout d'abord la formule générale suivie par les tribunaux, pour ensuite analyser les conséquences qu'ils en ont tirées quant aux actes juridiques permis à la femme.

§ 1. — Critérium général dégagé par la Jurisprudence

Si l'on examine les décisions relatives au mandat domestique de ces trente dernières années, on s'aperçoit que toutes commencent par employer une formule générale quant à son objet d'où ils déduisent que l'opération juridique rentre ou non dans son champ d'application. Mais cette formule générale est à la fois variée et imprécise.

Les plus nombreuses adoptent le critérium de dépenses effectuées « pour les besoins du ménage » (1), d'autres parlent des dépenses faites par l'épouse « dans l'intérêt et pour l'entretien du ménage » (2), d'autres emploient seulement l'une ou l'autre de ces deux expressions ou une formule similaire (3).

Mais toutes ces formules ont l'inconvénient de ne paraître faire entrer dans les pouvoirs ménagers de l'épouse que les contrats relatifs à la vie du ménage indépendamment des besoins de ses membres, aussi certaines juridictions ont-elles pris soin d'employer une double formule, visant à la fois le ménage en tant qu'entité et les personnes qui le comprennent (4), telle la suivante « la femme peut passer les actes qui ressortissent à la satisfaction des besoins du ménage et des membres qui la composent ».

Certains tribunaux emploient bien une formule générale, mais qui ne recouvre, en réalité, qu'une catégorie d'actes juridiques, ainsi la Cour de Paris dans un arrêt du 1^{er} mai 1929, vise d'une façon générale, mais exclusivement, « toutes les acquisitions nécessaires à son entretien (de la femme) et à celui du ménage » (5).

(1) Cass., 27 décembre 1922, *Gaz. Pal.*, 1923.1.600. Cass., 29 janvier 1930, *Gaz. Pal.* 1930.1.556 ; S., 1931.1.321. Le Havre, 27 mai 1932, *Gaz. Trib.*, 1932.II.2.138. Trib. Paix Toulouse, 26 octobre 1932, D. 1933.2.107. Note Nast. Cass. Req., 30 mai 1932, D.H. 1932, p. 345. Abbeville, 17 janvier 1933, S. 1933.2.111. Paris, 31 janvier 1935, *Gaz. Pal.*, 1935.1.528. Paris, 17 juin 1936, *Gaz. Pal.*, 1936.2.437. Trib. Epinal, 4 juillet 1936, *Gaz. Pal.*, 1936.2.437. Trib. Valenciennes, 23 novembre 1937, *Gaz. Pal.*, 1938.1.393. Trib. Fécamp, 24 décembre 1944, *Gaz. Pal.* du 23 février 1945.

(2) Cass. Soc., 27 janvier 1937, D.H., 1939, p. 199.

(3) Agen, 1^{er} juin 1904, D. 1907.2.53. Trib. Seine, 6 juin 1916, *Gaz. Trib.* 18 novembre 1916, « conduite du ménage ». Trib. Saintes, 29 novembre 1928, D. H. 1930. Som. p. 11 « contrats nécessaires à la sauvegarde du ménage ». Civ. 1^{er} juin 1929, D. P. 1931.1.79 « fournitures nécessaires au ménage ». Colmar, 20 avril 1934, D. H. 1934, p. 372 « actes rentrant dans l'administration du ménage. »

(4) Trib. paix Paris, 27 juin 1926, *La loi* du 18 décembre 1926 « besoins du ménage et besoins personnels à la femme ». Douai, 27 juillet 1926, Rec. Douai 1927, p. 89 « fournitures du ménage et entretien des membres de la famille ». Cass., 29 janvier 1930, D. H. 1930, p. 161, « besoins du ménage et entretien de la famille ».

(5) Paris, 1^{er} mai 1929, *Gaz. Pal.* 1929.2.72.

Enfin alors que certaines juridictions ont recours à la formule générale et vague de « dépenses du ménage » (1) d'autres précisent, un peu plus, en parlant de « dépenses normales » (2), « ordinaires » (3), « générales » (4), « journalières » (5) ou « courantes » (6), qualificatifs qui prestreignent plus ou moins la catégorie des dépenses permises à la femme.

En réalité, toutes ces formules peu précises recouvrent les mêmes actes juridiques et si les tribunaux sont en désaccord sur la formule générale de principe, ils en donnent presque toujours un contenu identique. On peut regretter toutefois cet emploi multiple et peut-être faudrait-il mieux adopter cette formule déjà ancienne, mais si suggestive, du Tribunal de paix d'Ivry-sur-Seine, qui, le 24 avril 1906, reconnaissait à la femme un mandat domestique « pour tous les achats (peut-être faudrait-il mieux généraliser et dire tous les actes) rentrant dans le domaine normal d'une maîtresse de maison ». C'est ce que nous permettra de dire l'examen des actes juridiques qui sont ainsi permis à la femme.

§ 2. — *Mise en œuvre du critérium général*

L'analyse des conséquences que les tribunaux ont tiré du critérium qu'ils adoptaient ne peut se faire qu'en deux temps ; il faut, en effet, déterminer d'abord les différentes branches d'activité ouvertes à l'épouse pour ensuite établir par quels procédés juridiques celle-ci pourra faire face à sa mission.

A. — *Activités de l'épouse dans l'exercice de ses pouvoirs ménagers.*

Nous les classerons en deux catégories, selon qu'elles ont pour but la satisfaction des besoins du ménage ou celle des besoins personnels à la femme.

(1) Trib. Seine, 3 décembre 1895, D. 1896.2.132 ; 17 novembre 1900, La loi du 4 avril 1901 ; 26 décembre 1925, D. 1926.2.77. Paris, 30 novembre 1933, Gaz. Pal. 1934.2.817. Paris, 16 novembre 1934, Gaz. Pal. 1934.2.897.

(2) Trib. Seine, 11 décembre 1929, *Monit. J. de paix* 1930, p. 136. Montpellier, 3 novembre 1925, D. P. 1927.2.16.

(3) Trib. Seine, 27 avril 1931, D. H. 1931, p. 374. Trib. Lyon, 29 décembre 1920, D. P. 1921.2.74.

(4) Paris, 8 juillet 1925, D. 1926.2.77.

(5) Paris, 19 novembre 1897, *Gaz. Trib.*, 1898.1.2.474.

(6) Cass., 1^{re} juin 1929, D. P. 1931.1.79. Trib. Fécamp, 27 décembre 1944, *Gaz. Pal.*, 23 février 1945.

1° *Activités tendant à assurer la vie du ménage.*

La femme peut acheter les objets nécessaires aux besoins matériels de la maison, notamment les vivres, denrées et ustensiles de ménage, les vêtements et objets de toilette, le mobilier courant (1), en un mot l'épouse peut faire tous les actes relatifs à l'approvisionnement du ménage, à l'entretien et à l'habillement des personnes de la famille.

Le Tribunal de paix d'Orléans décide, le 10 juillet 1934, que « le mandat tacite de la femme s'étend aux achats des aliments, vêtements et linges destinés à l'usage de la famille et des menus objets mobiliers indispensables à la vie domestique (2) »

Les actes permis à la femme ne se limitent pas à des achats. Ils comprennent les ventes des choses ménagères devenues inutiles ou superflues dans le foyer comme les vieux livres ou les vieux vêtements, ou celles de certains produits de la maison, notamment dans les fermes de campagne, les ventes d'œufs, beurre, fruits et volaille.

C'est donc à tort que la Cour de Douai proclame le 31 décembre 1928 que « le mandat domestique de la femme est limité à l'achat des fournitures de ménage et aux commandes nécessaires à l'entretien de la famille » (3), et la Cour de Paris a raison de proclamer « que le mandat domestique peut s'étendre à d'autres actes qu'aux achats de provisions et objets concernant le ménage » (4).

Il est admis couramment que la femme peut passer des contrats de louages de services avec les domestiques et gens de peine pour les besoins des personnes et l'entretien de la maison ou conclure des

(1) La femme peut acheter les objets mobiliers de remplacement fréquent, non les objets mobiliers que les époux se procurent une fois pour toutes lors de l'installation du ménage ou ceux qui ne se renouvellent qu'à de longs intervalles de temps.

La Jurisprudence belge a considéré que l'achat d'une machine à coudre rentrait dans le mandat domestique de l'épouse : Trib. Arlon, 12 décembre 1855, Pas. 1856, III, p. 269. « Une machine à coudre, à raison de son utilité et de sa vulgarisation, rentre dans la catégorie des choses du ménage que la femme peut acheter en vertu d'un mandat tacite qu'elle a de son mari ». Le Tribunal de Bruxelles a même, le 16 juin 1896 (Pasicrisie 1896.III.327), validé l'achat par la femme d'un mobilier complet de chambre, assimilé aux dépenses nécessaires et courantes incombant à la femme.

(2) Trib. Paix d'Orléans, 10 juillet 1934, précité. Peu importe d'ailleurs que ces achats soient faits auprès des commerçants ou dans des ventes publiques. Trib. Avranches, 23 novembre 1900, *Gaz. Pal.*, 1901.1.682.

(3) Douai, 31 décembre 1928, *Le droit financier*, 1930, p. 245.

(4) Paris, 22 octobre 1913, précité.

conventions avec des précepteurs ou maîtres de pension pour tout ce qui concerne l'instruction et l'éducation des enfants (1).

La femme peut passer des commandes d'ouvrages et de travaux correspondant aux besoins vitaux et quotidiens du ménage, des époux et des enfants (2) mais n'a pas le pouvoir de commander des travaux d'installation ou de réparation importants.

Plus discutée en Jurisprudence est la question de savoir si l'épouse a le pouvoir de louer un appartement. Il est certain que cet acte rentre essentiellement dans la satisfaction des besoins du ménage, mais on peut penser aussi qu'aboutissant à la fixation de la résidence de la société conjugale, le mari à qui revient la charge de fixer la résidence du ménage, s'en est réservé l'exercice. C'est ainsi qu'un jugement du Tribunal civil d'Abbeville en date du 17 janvier 1933 (3) a refusé à une épouse le droit de conclure en vertu de son mandat domestique, le bail d'une villa à la mer. Par contre, lorsque le mari est absent et que dès lors aucune raison n'existe plus de refuser à la femme le droit d'assurer le logement de la famille, la Jurisprudence lui permet d'intervenir seule en vertu de son mandat domestique. Ainsi en a décidé le Tribunal civil de Rennes le 12 juin 1911 (4) dans le cas d'une séparation de fait, lorsqu'il a validé la location d'un appartement modeste conclue par la femme qui avait quitté le domicile conjugal du consentement de son mari. Nous pouvons noter à cette occasion la tendance des Tribunaux que nous signalions plus haut à ne pas se borner à reconnaître à la femme isolée les pouvoirs ménagers dont elle jouit dans l'hypothèse de vie commune, mais à élargir les termes du mandat domestique pour les besoins de la cause et eu égard à la situation exceptionnelle de l'épouse (5). C'est dans le même esprit qu'un arrêt

(1) Lecomte : *Op. cit.*, p. 117, subordonne cette possibilité à la condition que cette intervention de la femme n'augmente pas le nombre des domestiques ou que l'établissement scolaire choisi soit en accord avec les possibilités pécuniaires du ménage, mais il s'agit dès lors d'une question de mesure qui ne modifie en rien la possibilité de principe pour la femme de faire ces actes.

(2) Douai, 27 juillet 1926, *Rec. Douai*, 1927.89.

(3) Trib. Abbeville, 17 janvier 1933, S. 1933.2.211. Cf. Isore : *La guerre et la condition de la femme*, thèse Paris 1919, et Planchard : *Du remplacement par la femme du chef de famille mobilisé*, Dijon 1918. En droit belge, en règle générale, la femme ne peut pas non plus être réputée mandataire de son mari pour conclure et résilier les baux : Trib. Anvers, 13 janvier 1887, Pas. 1887.III.119.

(4) Rennes, 12 juin 1911, *Gaz. Pal.*, 1911.2.457. Cf. Paris, 23 février 1849; D. 1849.2.135; 9 juin 1857, S. 1857.2.755; 9 décembre 1895, D. 1896.2.134. Trib. paix Orléans, 6 août 1937, *Journ. des j. de paix*, 1937, p. 434.

(5) La même tendance se rencontre en droit belge. Trib. Bruxelles, 4 mars 1892, Pas.

déjà ancien de la Cour de Bordeaux (1) a décidé que la femme qui avait conclu un engagement de location « d'une maison nécessaire pour les personnes dont le ménage se compose » alors que son mari, capitaine de navire, était parti pour un voyage au long cours, avait agi en vertu de son mandat domestique. Il faut d'ailleurs noter que le jugement de première instance que la Cour confirmait, avait renfermé dans d'étroites limites l'effet de l'engagement contracté par la femme à raison de ladite location, en le fixant à 225 fr., montant d'un trimestre de loyer.

La sévérité jurisprudentielle s'est d'ailleurs parfois relâchée puisqu'un jugement du Tribunal civil de la Seine, en date du 11 décembre 1929, a admis, « que rentre dans le mandat tacite dont la femme mariée est investie pour les dépenses normales du ménage, l'engagement signé par elle envers une agence de location, alors que cet engagement a permis d'apporter à l'association conjugale l'avantage si appréciable d'un logement à Paris » (2).

Notons enfin, une décision isolée du Tribunal de Paix de Saintes du 29 novembre 1928 (3), reconnaissant à la femme qualité pour souscrire une police d'assurance contre l'incendie en vertu d'un mandat tacite de son mari, ce contrat étant nécessaire pour la sauvegarde du ménage.

2° Activités visant à la subsistance et à l'entretien personnels de la femme.

Puisque la Jurisprudence a fait des articles 212 et 214 du Code civil, le fondement du mandat domestique de la femme mariée et que l'article 214 oblige le mari à fournir à sa femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de sa vie selon ses facultés et son état, il est naturel que les tribunaux autorisent l'épouse à faire, en vertu de son mandat domestique, les dépenses relatives à son entre-

1892.III.274 : « Attendu que s'il est vrai qu'en théorie générale, le mandat tacite ne comprend pas des actes aussi importants que la location d'une maison, il faut cependant reconnaître qu'il est des cas où le mari peut être considéré comme ayant donné à sa femme des pouvoirs assez étendus pour l'habiliter à contracter un bail, qu'il doit en être ainsi lorsque le mari a consenti à une séparation de fait. »

(1) Bordeaux, 29 mars 1838, S. 1838.2.389.

(2) Trib. Seine, 11 décembre 1929, *Monit. des J. de Paix*, 1930, p. 136.

(3) Trib. Paix, Saintes, 29 novembre 1928, D. H. 1930. Som., p. 10. Ce jugement n'est d'ailleurs pas très probant, car il apparaît que le mari a tacitement ratifié la souscription de sa femme.

tien et à ses besoins. Certaines décisions se contentent de l'indiquer d'une façon générale (1) alors que d'autres se réfèrent tout simplement aux termes de l'article 214 (2). Mais il en est qui précisent quelles sont les dépenses qui rentrent dans cette catégorie et un arrêt de la Cour d'Aix indique que ce sont : « celles qui correspondant à l'obligation du mari de vêtir, entretenir et même orner la femme et lui procurer les agréments de l'existence » (3). C'est ainsi que la Cour de Paris a appliqué le mandat domestique à l'achat par la femme de fournitures de toilette (4), et le Tribunal civil de la Seine, aux achats relatifs à la parure de la femme, bijoux et fourrures, « en ce sens que la dette contractée de ce chef peut bien être incriminée dans son montant, mais non dans sa cause » (5).

Particulièrement intéressante est la question de savoir si les frais médicaux que la femme a engagés pour des soins la concernant, rentrent dans le cadre de ces dépenses. Un jugement du Tribunal civil de la Seine du 14 décembre 1923 répond, de façon très nette, par l'affirmative, déclarant que le médecin qui a fourni ses soins à une femme ayant traité seule avec lui à une action contre le mari : « celui-ci ayant la charge de pourvoir aux besoins de sa femme, doit être considéré comme lui ayant conféré le mandat tacite de s'obliger » (6). La même juridiction adopte une solution analogue pour les soins dentaires le 12 décembre 1922 (7).

La Cour de Cassation devait appliquer cette solution dans un arrêt de la Chambre sociale du 27 janvier 1939, solution qui, aujourd'hui, ne peut plus faire de doute : « Les frais médicaux rentrent dans les dépenses engagées dans l'intérêt et pour l'entretien du ménage » (8).

(1) Trib. Seine, 17 juin 1893, *Gaz. Pal.*, 1933.2.232, Paris, 18 novembre 1899, *Gaz. Pal.*, 1899.2.597. Seine, 14 décembre 1923, *Gaz. Trib.*, 9 novembre 1924, Paris, 30 novembre 1933, *Gaz. Pal.*, 1934.2.898 en sous note. Cf. Seine, 12 octobre 1932, *Gaz. Pal.*, 1932.2.940, qui se contente de faire allusion à l'entretien normal de la femme.

(2) Paris, 31 janvier 1935, *Gaz. Pal.*, 1935.1.528.

(3) Aix, 5 mars 1887, s/Cass. Civ., 16 juillet 1889, D. 1891.1.158.

(4) Paris, 8 juillet 1925, D. P. 1926.2.77.

(5) Trib. Seine, 12 octobre 1932, *Gaz. Trib.*, 1932.2.234. Dans le même sens : Paris, 31 janvier 1935, *Gaz. Pal.*, 1935.1.528.

(6) Trib. Seine, 14 décembre 1923, *Gaz. Pal.*, 9 novembre 1924.

(7) Trib. Seine, 12 décembre 1922, *Gaz. Trib.*, 1923.2.216. Cf. Trib. Seine, 11 juillet 1922, D. P. 1924.2.105.

(8) Cass. Soc., 27 janvier 1939, D. H. 1939, p. 199. Cf. Lyon, 6 novembre 1936, S. 1937.2.95 et Valence, 11 juillet 1933, *Gaz. Pal.*, 1933.2.538, qui décident que ces frais tombent en communauté sans faire appel à la théorie du mandat domestique. Si le mari s'acquitte de son obligation d'entretien sous forme de pension, ces frais ne sont pas

Si certaines décisions écartent l'application du mandat domestique pour les frais médicaux, ce n'est pas qu'elles estiment que normalement ces frais ne rentrent pas dans son champ d'application mais parce que les époux vivent séparés de fait et que pour elles, la séparation de fait entre époux met fin au mandat domestique (1) ou parce que le mari a révoqué le mandat en prévenant le médecin qu'il n'entendait pas supporter les frais médicaux (2).

Il est cependant une catégorie de ces frais pour lesquelles la solution est beaucoup plus douteuse, ce sont ceux qui sont la conséquence de soins de chirurgie esthétique donnés à la femme. Le Tribunal de paix de Toulouse a considéré, en effet, que les obligations de l'article 214 imposées au mari ne s'étendent pas jusque là (3). Cette solution paraît d'ailleurs exacte, car ces soins ne présentent aucun caractère de nécessité.

Telles sont les dépenses que la femme peut faire, d'après la Jurisprudence, en vertu de son mandat domestique. Résumons-les, en disant que pour les tribunaux, la femme peut faire tous les actes qui ont pour effet indirect d'obliger le mari à s'acquitter des obligations pécuniaires que lui impose le mariage (4), sans qu'il y ait lieu de distinguer s'ils ont ou non un caractère alimentaire, s'ils profitent à la femme ou au mari ou s'ils sont faits dans l'intérêt commun.

Mais le problème de l'objet des pouvoirs ménagers de l'épouse n'est pas pour cela complètement résolu. Il ne suffit pas, en effet de savoir quelles dépenses l'épouse peut faire. Il faut aussi déterminer à l'aide de quelles opérations juridiques elle pourra ainsi subvenir à la subsistance ou à l'entretien du ménage comme au sien et comment, en particulier, elle va pouvoir engager le mari par ses opérations domestiques.

B. — *Procédés juridiques que la femme peut employer dans sa mission ménagère.*

En pratique, la femme dispose d'une somme globale remise péri-

compris dans son montant qui ne vise que les besoins normaux, et les honoraires des médecins doivent être payés en plus par le mari.

(1) Trib. Paix, Toulouse, 26 octobre 1932, *Gaz. Trib.*, 1933.2.107. Note Nast.

(2) Dijon, 21 juin 1932, S. 1932.2.209. Dans ces cas de disparition du mandat domestique, nous savons que les Tribunaux ont condamné cependant le mari à payer le médecin, soit en vertu de l'action de gestion d'affaires, soit par application des principes de l'action *de in rem verso*.

(3) Trib. Paix Toulouse, 26 octobre 1932, précité.

(4) Cette nomenclature des charges du ménage est donnée dans une décision du Trib. civil de la Seine du 7 décembre 1937, D. 1938.2.105, note Nast.

diquement par son mari et qui lui sert à pourvoir aux besoins courants du ménage et à couvrir toutes les dépenses qui en découlent. La situation est alors très simple, la femme passe toutes les opérations AU COMPTANT et tout est réglé.

Mais il peut arriver que cette somme soit insuffisante (1) ou que le mari n'ait laissé aucun subside à son épouse pour faire face aux dépenses du ménage. Dans ce cas la Jurisprudence est unanime à considérer que la femme peut recourir aux achats à CREDIT (2).

Les achats à crédit sont d'ailleurs chose naturelle dans le commerce, même en dehors de ces cas de nécessité, et il est d'usage courant de ne présenter les factures que postérieurement à la livraison des marchandises ou à l'exécution des travaux commandés.

Il est cependant une variété d'achats à crédit que la Jurisprudence n'a pas cru, à juste titre croyons-nous, devoir faire rentrer dans les pouvoirs ménagers de l'épouse, ce sont les achats à tempérament. Ils consistent à acheter un objet moyennant un versement généralement modique à la commande, le solde devant être réglé en plusieurs fractions réparties sur un intervalle de temps plus ou moins long. De telles opérations sont, à n'en point douter, dangereuses, car on est incité, à raison des délais de paiement, à acquérir des objets que, quelle que soit leur utilité, on aurait négligé s'il avait fallu les acquérir au comptant. D'autre part, il est certain que l'on paie ainsi plus cher et que la femme est amenée à endetter le ménage au delà du nécessaire. Sa mission ne peut consister qu'à acheter à bon escient et au meilleur prix (3).

Le procédé de l'achat à crédit qui demeure le plus fréquent va

(1) Les tribunaux n'ont jamais admis que le mari put prétendre limiter à cette somme les pouvoirs ménagers de l'épouse. Par là, ils ne veulent pas seulement protéger les tiers, mais aussi donner aux pouvoirs ménagers de la femme un champ d'application indépendant de la volonté maritale.

(2) On ne peut citer en sens contraire qu'un jugement du Trib. de Paix de Nogent-sur-Marne du 28 janvier 1910, *Gaz. Pal.*, 1910.1.397, qui n'admet les achats à crédit que pour les denrées alimentaires, la responsabilité du mari ne pouvant même plus être engagée après un court délai de crédit, une semaine.

(3) « La pratique de la vente à tempérament, déclare le jugement du Tribunal de Paix de Nogent-sur-Marne du 28 janvier 1910 précité, par les tentations qu'elle offre à la convoitise imprudente au moyen du mirage du crédit, au lieu de poursuivre le but utile qui l'excuse, ouvrirait la porte à tous les abus, si elle engageait, sur la signature de la femme irresponsable et incapable, le mari seul capable et seul responsable (ceci n'est pas exact, à notre avis), étant constant que la femme est plus facile à entraîner par sa nature même dans les opérations irréfléchies; en sorte que cette pratique deviendrait, tôt ou tard, un véritable fléau social, source de misères et de ruines innombrables, sur lesquelles, il est vrai, prospéreraient les magasins à crédit, mais par une telle violation de tout droit juste, que ni la loi, ni la jurisprudence, ne sauraient s'y prêter ».

amener l'épouse à passer des actes secondaires, corollaires des obligations contractées.

C'est ainsi, tout d'abord, qu'elle peut avoir à signer des RECONNAISSANCES DE DETTES et ARRÊTÉS DE COMPTE qui servent à rappeler et à résumer les engagements antérieurs. La Jurisprudence a eu souvent à consacrer leur validité, qui ne peut être mise en doute puisque ces actes postérieurs à la passation des contrats dans l'intérêt du ménage, ne modifient en rien les obligations pré-existantes qui les motivent. Un jugement du Tribunal de paix de Charleville (1) déclare dans ce sens que « en arrêtant les comptes pour fournitures de ménage non exagérées, la femme ne fait que remplir le mandat à elle donné par son mari. Dès lors, cette reconnaissance de dettes est régulière et elle oblige le mari seul ». La femme est d'ailleurs seule à même de contrôler l'exactitude du compte des fournitures qui lui ont été faites. Pothier englobait déjà ces reconnaissances dans le mandat tacite de l'épouse, puisqu'il écrivait : « Lorsqu'une femme mariée arrête les parties des marchands et artisans, pour les fournitures faites pour le ménage, ces arrêtés qu'elle fait, par le consentement de son mari, qui est dans l'usage de la charger de ce soin, n'ont pas besoin de l'autorisation du mari pour être valables ; car ce n'est pas la femme qui est censée faire en son nom ces arrêtés, c'est le mari qui est censé les faire par le ministère de sa femme » (2). L'effet interruptif de prescription attaché à l'acte récongnitif est en conséquence opposable au mari.

Peut-on aller plus loin dans cette voie et admettre qu'en signant ces reconnaissances de dettes, la femme est autorisée à promettre des intérêts ? Binet (3) cite un jugement du Tribunal de Vouziers du 24 avril 1895 confirmé par un arrêt de la Cour d'Appel de Nancy du 18 janvier 1896 (4) qui a cru pouvoir le soutenir, estimant qu'il ne pouvait guère en être autrement, les règles de l'équité la plus élémentaire commandant aux époux de payer les intérêts des som-

(1) *Gaz. Trib.*, 11 août 1911. Cf. Rouen, 3 juillet 1895, *Gaz. Pal.*, 1896.1.419. Bordeaux, 17 décembre 1913, *Gaz. Trib.*, 12 août 1914.

Contra : Trib. Paix, 5^e arrt. de Paris, 27 juin 1926, *La loi* du 18 décembre 1926. « Le mandat tacite du mari ne saurait permettre à la femme de souscrire des reconnaissances. »

(2) Pothier : *Traité de la puissance du mari*, n° 49. Dans le même sens : Rodière et Pont, *loc. cit.*, n° 792 ; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 340.

(3) Binet, *op. cit.*, p. 72.

(4) *Gaz. Pal.*, 1896.1.322.

mes relativement considérables dont leur négligence ou leur état d'insolvabilité obligeait le fournisseur à attendre pendant plusieurs années le paiement ».

Mais il est un moyen indirect de vérifier si cette promesse d'intérêts est valable, c'est de rechercher si la femme peut contracter ces emprunts pour faire face aux dépenses rentrant dans le cadre de ces activités ménagères.

En effet, la femme a un autre moyen pour se procurer les ressources qui lui font défaut. Au lieu d'engager vis-à-vis des fournisseurs le crédit du mari, elle peut songer à se procurer par d'autres voies des ressources pécuniaires dont elle a besoin pour les appliquer ensuite à des achats au comptant.

Le premier moyen qui lui est donné d'arriver à ce résultat est de contracter des EMPRUNTS. La Jurisprudence en reconnaît-elle la validité ?

Binet cite à l'appui de l'affirmative deux arrêts de la Cour de Cassation, l'un du 21 février 1872 (1), l'autre du 17 décembre 1901 (2). Mais l'une comme l'autre de ces décisions ne nous paraissent pas très convaincantes. Dans la première espèce, si la Cour de Cassation a effectivement admis la possibilité d'un emprunt de la femme, elle l'a fondé sur l'autorisation tacite et non sur le mandat du mari, ce qui entraînait par conséquence que « la femme s'engageait elle-même personnellement au remboursement des dites avances ». Dans la seconde, il s'agissait d'une femme mariée qui, par suite de la négligence du mari à pourvoir aux besoins de sa famille, avait dû contracter des emprunts pour satisfaire à son entretien ; la Cour de Cassation paraît certes bien retenir le mandat domestique puisqu'elle déclare « que la dame D. devait être considérée comme ayant reçu un mandat tacite de son mari, qui était légalement tenu de lui fournir tout ce qui était nécessaire pour les besoins de la vie » ; il y a là une allusion à l'obligation d'entretien imposée au mari par l'article 214, qui laisserait supposer que la Cour vise le mandat domestique ; mais celle-ci argue aussi d'un mandat particulier déduit des circonstances propres à l'espèce, puis-que l'arrêt continue : « et qui (mari) aurait réglé lui-même le train de la maison, le chiffre des dépenses qui devaient y faire face, sans

(1) Cass., 21 février 1872, D. 1873.1.63.

(2) Cass., 17 décembre 1901, D. 1903.1.53 et S. 1905.1.37.

d'ailleurs y subvenir d'une façon suffisante » ce qui semble sous-entendre que le mari, absent du domicile conjugal à l'époque où la femme avait contracté les emprunts, avait donné tacitement mandat à son épouse de les passer. On ne peut donc en conclure nécessairement que les emprunts rentrent dans le domaine du mandat domestique indépendamment d'un mandat tacite particulier.

Certes une telle solution pourrait se comprendre facilement : lorsque la femme fait un achat à crédit, le mari se trouve débiteur du cocontractant « pourquoi dès lors ne point faire un pas de plus, en décidant que si elle paie ses fournisseurs avec des deniers prêtés par un tiers, elle aura rendu la communauté (sous ce régime, en tous cas le mari) débiteur de ce tiers ? » (1) Qu'importe, en effet, que le crédit du mari soit engagé envers les fournisseurs eux-mêmes ou envers une autre personne ; et on peut aller jusqu'à soutenir que l'intervention de ce tiers procure au ménage la satisfaction de ses besoins et qu'il est le véritable fournisseur.

La Cour de Cassation a bien eu à se prononcer, une nouvelle fois, sur la question le 27 juin 1922 (2). Mais cet arrêt a encore été rendu à propos d'un emprunt contracté par une femme mariée alors que son époux était absent et il indique que la créance réclamée : « provient d'un emprunt fait par la dame F. agissant en vertu d'un mandat tacite de son mari, alors en Amérique, pour servir au règlement de dépenses du ménage, qui n'ont pas dépassé de justes limites ». Il apparaît donc que le mandat tacite, dont il est ici question, n'est pas le mandat domestique, mais un mandat tacite particulier déduit des circonstances propres à l'espèce (3).

Nous estimons, pour notre part, que ce procédé doit être permis à l'épouse, au moins à la condition qu'il n'aggrave pas la charge du mari, car il serait inadmissible que l'épouse emploie un procédé plus onéreux qu'un autre. Il ne faut donc pas que le fait de recourir à un emprunt entraîne le mari à des frais supérieurs à ceux occasionnés par des achats à crédit chez les fournisseurs.

Un obstacle paraît dès lors s'opposer souvent à ce que la femme

(1) M. Perreau : *Examen doctrinal* dans la *Revue Critique de législation et de jurisprudence*, 1903, p. 222 sq.

(2) Cass. Civ., 27 juin 1922, D. U. 1922.1.200.

(3) La note placée sous l'arrêt l'interprète cependant comme faisant application du mandat domestique.

contracte des emprunts, c'est que ces derniers entraînent généralement le paiement d'intérêts qui ne sont pas réclamés par les fournisseurs qui font crédit. La clause d'intérêts rendrait dès lors ce procédé plus onéreux. Nous estimons cependant que cette constatation ne doit pas suffire pour interdire, a priori, à la femme d'emprunter, car il est des circonstances, telles que la négligence ou la gêne du mari, où l'épouse ne trouve plus crédit auprès des fournisseurs à moins de promettre des intérêts ; elle peut alors, à notre avis, recourir à des emprunts dont les intérêts ne seront pas plus élevés que ceux exigés par les marchands. Il peut même être des cas où les marchands refusent de continuer à faire crédit à la femme ; l'emprunt sera sa dernière ressource pour accomplir sa mission ménagère. Certes il lui sera peut-être difficile de trouver alors des prêteurs, étant donné la situation précaire du ménage. Mais, en principe, il n'en reste pas moins que, pour nous, il ne faudrait rejeter l'emprunt que si la femme avait de gaieté de cœur et pour des motifs futiles, choisi cette voie dispendieuse, encore qu'elle trouvât un crédit aisé et gratuit chez les fournisseurs (1).

Pour se procurer des ressources qui lui permettent de faire face à son rôle de maîtresse de maison, la femme peut songer à employer un autre procédé, qui consisterait à DISPOSER au moins en partie DES BIENS CONJUGAUX. Il est important de savoir quels sont, sur ce point, les pouvoirs de la femme, car toute la conception du rapport des époux dans le ménage en dépend.

Il est des décisions qui paraissent, à première vue, admettre la possibilité pour la femme d'agir ainsi. Un jugement du Tribunal de paix de Bergues, en date du 7 février 1898, a ainsi déclaré valable la vente qu'une femme mariée avait consenti d'un objet appartenant à la communauté, en se fondant sur le motif que le produit de la vente avait servi aux besoins du ménage (2). Binet cite un arrêt de la Cour de Dijon en date du 13 novembre 1895 (3), confirmé par la

(1) Il ne peut être question de dettes de ménage si l'emprunt a été contracté dans un intérêt purement personnel par l'épouse ; Trib., Lyon, 29 décembre 1920, D. 1921.2.74.

Ces restrictions ne sont d'ailleurs pas susceptibles de nuire aux tiers, car le prêt est un contrat exceptionnel passé entre deux personnes qui ne sont généralement pas inconnues l'une de l'autre. En tous cas, le prêteur a le loisir de prendre des renseignements sur la situation pécuniaire des époux et d'obtenir des précisions sur la destination des deniers sollicités. Il agira donc en connaissance de cause.

(2) *Gaz. Pal.* 1898.1.603.

(3) D. 1896.2.133, cité par Binet, *op. cit.*, p. 75.

Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation le 21 avril 1898 (1), qui a reconnu licites différents actes (notamment un bail et une inscription hypothécaire) qu'une épouse commune avait passés relativement à ses biens personnels, pour se procurer des fonds destinés à faire face à ses besoins et à ceux de ses enfants.

Mais ces différentes décisions, comme celles que nous avons rencontrées à propos de l'emprunt, ne se fondent pas uniquement sur le mandat domestique. Elles établissent en plus que le mari avait donné à sa femme un mandat spécial de passer les actes en question, mandat particulier qui était venu se superposer au mandat domestique et élargir son champ d'application. Le Tribunal de paix de Bergues déduisait ce mandat supplémentaire de « la réunion des divers faits et circonstances » et la Cour de Dijon d'une procuration expresse donnée par le mari à sa femme de ses immeubles propres et d'en toucher les revenus.

La Jurisprudence devait, par deux fois, proclamer l'impossibilité pour la femme de disposer directement des biens conjugaux. Ce fut une première fois la Cour d'Appel de Douai qui, le 27 juillet 1926, déclara que le mandat domestique de la femme mariée ne saurait s'étendre à des actes de disposition ou même d'administration des biens communs, notamment à l'encaissement d'une somme représentant le remboursement d'une provision effectuée pour l'acquisition d'une maison (2). La Cour de Caen devait, le 2 mars 1929 (3), proclamer, de façon parallèle, qu'à défaut du consentement de son mari tel qu'il est prévu par l'article 217 du Code Civil, la femme ne peut être implicitement autorisée à faire certains actes d'aliénation (en l'espèce la vente de l'unique jument du ménage) sauf dans des cas tout à fait exceptionnels, soit que le mari se trouve dans l'impossibilité d'être mis au courant des actes envisagés, soit qu'il y ait urgence extrême ou péril en la demeure.

C'est ainsi que durant la guerre de 1914-1918 et devant les termes de cet arrêt, les tribunaux estimèrent qu'il convenait d'étendre les attributions des femmes et de permettre « à celles qui consent à l'entreprendre de se substituer aux hommes dans l'intérêt industriel, commercial et économique du pays ». Une décision du

(1) Req., 21 avril 1898, D. 1898.1.105.

(2) Douai, 27 juillet 1926 ; *Rec. Douai*, 1927, p. 89.

(3) Caen, 2 mars 1929 ; *Rec. Caen et Rouen*, 1929.2.120 ; *Revue du Notariat*, 1930.2.101.

bunal de paix de Lille du 23 juillet 1919 (1) permit ainsi à une femme mariée de disposer des meubles dépendant de la communauté.

La même extension devait être donnée aux pouvoirs ménagers de l'épouse dont le mari était mobilisé ou prisonnier durant la guerre 1939-1945. Ainsi le Tribunal civil de Clamecy a, le 27 juillet 1942 (2), validé la vente faite par la femme d'une coupe de bois âgée de vingt ans située sur un terrain de communauté. Il est bon d'ailleurs de remarquer que ce tribunal se fonde surtout sur un mandat tacite général d'administration, distinct du mandat domestique, donné aux épouses de prisonniers pour l'administration des biens de communauté, dans l'intérêt des absents et en prévision de leur retour (3).

Au cas de séparation de fait, le jugement le plus intéressssant nous paraît être celui rendu le 27 décembre 1944 par le Tribunal de commerce de Fécamp (4), dans une espèce qui concerne des époux séparés de fait d'un commun accord et qui étend considérablement le champ d'activité de l'épouse séparée : « Si le pouvoir domestique de la femme est limité, dans la vie commune, aux besoins du ménage, aux dépenses courantes d'entretien, il est normal qu'une femme abandonnée ait nécessairement une activité qui dépassera ce cercle restreint, à la condition, bien entendu, que cette activité de la part de la femme ne s'étende qu'à des choses pour lesquelles le consentement exprès du mari n'est pas nécessairement exigé à peine de nullité des engagements pris par elle », or, le tribunal considère que, dans l'espèce, il s'agissait d'une chose (vente d'une chambre à coucher) « qui, par sa nature et par sa destination, rentre dans la catégorie de celles pour lesquelles le mandat tacite du mari suffit pour leur réalisation par la femme ». Nous nous trouvons en face d'une décision qui, pour la première fois, au cas de séparation de fait, il est vrai, permet à la femme d'aliéner les biens conjugaux uniquement par application du mandat domestique, sans appel à un mandat tacite particulier du mari.

(1) Trib. Paix Lille, 23 juillet 1919, *Gaz. Pal.* 1919.2.406.

(2) Trib. Clamecy, 27 juillet 1942, *Gaz. Pal.*, 20 novembre 1942.

(3) La majorité des décisions judiciaires décide que la loi du 3 mars 1941, modifiant en raison des circonstances nées de la guerre les dispositions légales relatives à l'autorisation maritale, n'a pas entendu donner à la femme une capacité juridique qui ne saurait être la sienne si le mari était présent, ni même donner à la femme autorisée de justice le pouvoir de suppléer le mari prisonnier dans les fonctions de chef et d'administrateur de la communauté. Trib. Seine, 23 mai 1941.1.267 et 27 juin 1941 ; D. 1941.2.293.

(4) Trib. commerce Fécamp, 27 décembre 1944, *Gaz. Pal.*, 23 février 1945.

Il est d'ailleurs une question qui se rapproche beaucoup de celle qui vient d'être examinée, c'est celle de savoir si la femme a qualité, en vertu du mandat domestique, pour acquitter sous la forme d'une DATION EN PAIEMENT, une dette alimentaire contractée par elle.

Nous n'avons rencontré qu'une seule décision à cet égard, mais elle mérite grand crédit puisqu'elle émane de la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation qui, le 1^{er} mars 1929, a décidé qu'en vertu du mandat tacite de son mari « la femme avait qualité pour acquitter sous la forme d'une dation en paiement cette dette alimentaire de la communauté » (1). Il s'agissait en l'espèce, d'une dation en paiement de meubles faite par une femme à son boulanger. Cela constitue une solution dangereuse, car le mari peut redouter que la femme remette aux fournisseurs des objets d'une valeur supérieure à la chose due et, en tant que chef du ménage, il devrait être seul qualifié pour apprécier si telle chose est ou non de valeur équivalente au montant de la dette et peut, en conséquence, être ou non donnée en paiement de cette dette.

Nous avons eu avec la clause d'intérêts un exemple où la femme assume un engagement plus onéreux que celui qu'il est normal d'assurer en des circonstances analogues. Il est d'autres hypothèses du même genre qu'il faut aussi examiner.

C'est ainsi qu'au lieu de signer de simples billets ou des promesses de payer, conséquences de reconnaissances de dettes, la femme peut songer à SOUSCRIRE ou ENDOSSER UN BILLET A ORDRE au profit d'un fournisseur ou ACCEPTER UNE TRAITE. Il faut donc se demander si la femme peut ainsi engager cambiairement son mari. Par application des principes dégagés plus haut, cela paraît douteux, car l'emploi des effets de commerce aggrave considérablement l'engagement du mari, les moyens d'exécution y attachés rendant périlleux les engagements par voie de changé.

D'autre part, dès que la traite ou le billet à ordre est endossé par le créancier du ménage, le mari cesse de pouvoir opposer aux porteurs de bonne foi les exceptions dont il pourrait se prévaloir à l'encontre de son créancier, par exemple l'exception tirée de l'exagéra-

(1) Req. 1^{er} mai 1929, *Gaz. Pal.*, 1929.2.81 ; *Contra* Rouast, *Cours de droit civil appro. fond.*, Paris 1934.35.

tion du montant de la dette ou celle de la révocation des pouvoirs de la femme par le chef de famille portée à la connaissance des fournisseurs. Si la signature de la femme était valable en vertu de son mandat domestique, ce serait mettre entre ses mains un moyen d'obliger le mari envers les porteurs de l'effet de commerce qui se présenteraient à l'échéance sans que celui-ci puisse contester les dettes initiales. Et ce raisonnement est aussi valable pour les traites que pour les billets à ordre, puisque ces derniers sont assimilés aux lettres de change, au point de vue des sanctions pour défaut de paiement (1).

Un arrêt de la Cour d'Agen du 1^{er} juin 1904 (2) a pourtant admis la validité de l'endossement par la femme mariée d'un billet à ordre au profit d'un tiers pour le payer de fournitures de pain. Un arrêt de la Cour de Paris du 16 décembre 1896 (3) avait déjà affirmé la validité d'un billet à ordre souscrit par une femme mariée pour une dette de fournitures, mais dans un cas particulier puisque le mari était alors absent de France.

Cette solution nous apparaît critiquable et d'autant plus surprenante que la Jurisprudence a plusieurs fois proclamé que la femme ne pouvait obliger son mari, en vertu de ses pouvoirs ménagers, par la signature d'une traite, ce qui nous paraît être la seule solution acceptable.

Le Tribunal de paix du 3^e arrondissement de Paris a le 27 juin 1926 adopté cette façon de voir (4). La Cour de Cassation a bien rendu en 1930 (5) une décision concernant une traite signée par la femme, mais l'arrêt n'a pas résolu la question étudiée présentement. La femme avait accepté une traite tirée sur son mari en exécution d'un contrat passé par ce dernier, mais n'ayant aucun rapport direct avec le ménage, puisqu'il s'agissait de la construction d'une maison. Il était dès lors évident que l'acceptation de la femme était sans valeur. Il est difficile d'en déduire une condamnation de principe de toute acceptation de lettre de change par l'épouse en vertu de son mandat domestique. Mais la Cour de Paris devait quatre ans plus tard se prononcer très nettement puisque, le 16 novembre 1934, un de ses arrêts dispose « qu'il n'est pas normal qu'une maison de couture

(1) Art. 185 du Code de commerce modifié par le D. L. du 30 octobre 1935.

(2) Agen, 1^{er} juin 1904, D. 1907.2.53.

(3) Paris, 16 décembre 1896, *Le Droit*, 2 février 1897.

(4) La loi du 18 décembre 1926.

(5) Req. 29 janvier 1930, D. H. 1930, p. 161 ; S. 1931.1.321, *Note Chavegrin*.

fasse signer des traites à une femme mariée pour le paiement de fournitures, sans qu'elle ait au préalable demandé à son mari s'il acceptait ce mode de règlement qui rend une non commerçante justifiable du tribunal de commerce avec toutes les conséquences de cette situation » (1). Telle est la solution qui doit définitivement l'emporter.

Nous avons examiné les hypothèses d'opérations de vente, d'achat et celles de dispositions de biens conjugaux. Il reste une dernière catégorie à étudier : les OPERATIONS DE SPECULATION ET DE BOURSE. Il est normal de se demander si la femme peut passer celles-ci en vertu de son mandat domestique.

Nombreux sont les arrêts qui ont proclamé l'impossibilité pour la femme de faire jouer son mandat domestique en matière d'opérations de bourse, susceptibles de mettre en péril l'argent du ménage et sa propre fortune. C'est ainsi que la Cour d'appel d'Amiens a, le 5 août 1908 (2), interdit à une femme mariée de faire des opérations de bourse en vertu de son mandat domestique alors même que son mari se trouvait être un vieillard impotent. La cour de Rennes proclamait en 1930 (3) le même principe. Et nous retiendrons plus particulièrement les termes d'un arrêt de la Chambre de requêtes de la Cour de Cassation qui, le 30 mai 1932 (4) décidait que « le mandat tacite donné par le mari à sa femme, en vue des achats faits pour les besoins du ménage, ne saurait s'étendre à des opérations financières telles que celles dont il s'agit (souscription de 34.000 francs de bons émis par une société tombée par la suite en faillite) de nature à compromettre le patrimoine commun ou leur patrimoine respectif », et cela quand bien même le mari aurait ratifié certaines opérations de banque antérieurement faites par la femme seule.

Ces opérations rentrent si peu dans le cadre du mandat domestique que les tribunaux ont estimé qu'il en était de même lorsque les époux vivent séparés encore que son champ d'application se trouve alors compris d'une façon très large. La Cour d'Appel de Paris, dans un

(1) Paris, 16 novembre 1934, *Gaz. Pal.*, 1934.2.897. Le signataire d'un effet de commerce s'engageant personnellement, il était difficile d'admettre, au moins jusque 1938, que la femme puisse apposer sa signature au titre de mandataire.

(2) Amiens, 5 août 1908, *La loi* du 13 janvier 1909 ; Cf. Douai, 2 février 1912, *Le Droit financier*, 1913, p. 97 ; 21 décembre 1928, *Le Droit financier*, 1930, p. 295.

(3) Rennes, 29 décembre 1930, *Rec. Rennes*, 1931, p. 246.

(4) Req. 30 mai 1932, S. 1932.2.117, *note Guyot* ; D. H. 1933, p. 345 ; Cf. Paris, 19 octobre 1935 ; *Gaz. Pal.*, 1935.2.873.

cas de séparation de fait, a décidé que, même alors « il fallait contenir dans de justes limites cette autorisation tacite (que le mari est censé donner à sa femme) — c'est précisément la décision qui fait appel à l'idée d'autorisation tacite — qui ne saurait, en particulier, aller jusqu'à permettre à la femme de se livrer à des opérations de bourse à terme d'un caractère spéculatif, n'offrant pour des non-professionnels aucun intérêt vital, ni particulièrement urgent » (1).

La validité de tels actes passés par la femme pourrait cependant être admise si la preuve était faite d'un mandat particulier en ce sens donné par le mari à la femme, mandat qui pourrait être tacite d'ailleurs. C'est ainsi que la Cour de Nancy a, le 7 juillet 1911 (2), refusé au mari de demander la nullité des opérations financières faites par sa femme en raison d'un mandat tacite donné par lui et résultant effectivement des faits soumis au juge. La Cour a estimé que la confiance faite à la femme durant les années précédentes au sujet d'opérations de même nature, équivalait à une procuration tacite spéciale à cette matière.

La dernière décision que nous avons relevée, celle du Tribunal de Valenciennes du 23 novembre 1937 (3), rappelle le principe suivant lequel « le mandat tacite donné par le mari à la femme ne saurait s'étendre à des opérations financières de nature à compromettre le patrimoine commun (spécialement à la souscription d'actions non entièrement libérées) ».

Il n'y a pas à hésiter pour approuver complètement cette Jurisprudence et interdire à la femme les actes de spéculation que ne peut comporter la gestion du ménage. La femme ne saurait les entreprendre sans des instructions de son époux en raison des répercussions considérables qu'ils sont susceptibles d'entraîner sur la situation pécuniaire du ménage.

Ainsi nous avons déterminé les opérations qui, d'après la Jurisprudence, sont contenues dans les pouvoirs ménagers de l'épouse et

(1) Paris, 23 novembre 1932, D. 1934.2.97. Si la Cour a cru devoir valider, malgré tout, en l'espèce, les opérations faites par la femme, c'est qu'elle a déduit des circonstances et de l'attitude du mari un quasi délit « puisqu'en abdiquant tous les attributs de la puissance maritale, il a favorisé ou facilité les manœuvres employées par sa femme pour induire les tiers en erreur sur sa situation légale ». Dans le même sens, voir Req., 8 août 1905, S. 1907.1.145, cassant l'arrêt de la Cour de Paris du 5 janvier 1904. D. 1905.2.249, note Binet.

(2) Nancy, 7 juillet 1911, *Gaz. Trib.*, 1913, II. Mat. 50.

(3) Trib. com. Valenciennes, 23 novembre 1937, *Gaz. Pat.*, 1938.1.393.

celles qui en sont exclus. Mais il est une difficulté qui peut se présenter : la femme mariée peut faire des achats qui rentrent dans le domaine normal de l'activité d'une maîtresse de maison, mais ensuite les détourner de leur but, qui est de servir au ménage. La question se pose de savoir si le mari peut en être tenu.

Une seule juridiction a eu, à notre connaissance à connaître de ce problème : le Tribunal de paix d'Ivry-sur-Seine, le 24 avril 1906, relativement à des marchandises achetées à crédit par la femme dans un magasin de nouveautés ; l'épouse les avait aussitôt engagées au Mont-de-Piété, puis retirées et vendues à un tiers, gaspillant le produit de cette vente dans un intérêt purement personnel. Le Tribunal a jugé qu'un tel achat excédait le mandat tacite présumé de la femme qui ne lui est confié que dans l'intérêt du ménage (1). Cette solution nous paraît à la fois peu équitable, nuisant à la sécurité des tiers et contraire aux règles d'après lesquelles la Jurisprudence a coutume de déterminer l'objet du mandat domestique.

D'une part, en effet, le vendeur ne pouvait juger les acquisitions faites que d'après leur nature et leur destination économique qui les rendaient conformes au rôle ménager de la femme. D'autre part, nous avons vu que le critérium adopté pour déterminer si un acte rentre ou non dans le cadre du mandat domestique doit être essentiellement objectif et indépendant de l'intention des parties. Nous estimons donc que dans les hypothèses semblables, la solution contraire devrait triompher.

Telles sont les solutions de la Jurisprudence qui permettent de déterminer l'objet des pouvoirs ménagers. Il est certain que cet objet peut se trouver étendu par la volonté du mari, mais il s'agira alors d'un mandat tacite particulier déduit de l'intention du mandataire et non plus conséquence de la qualité d'épouse de la femme, ou d'une ratification postérieure à la passation de l'acte par la femme mariée par application de l'adage : « Ratihabitio mandato aequiparatur ». Cette ratification, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 1998, peut d'ailleurs être expresse ou tacite et les faits qui valent ratifica-

(1) Trib. Paix Ivry-sur-Seine, 24 avril 1906, D. 1907.5.2. Pour ceux qui appliquent l'idée de mandat, cette solution est aussi contraire aux principes juridiques de celui-ci. Lorsqu'en effet un mandataire est chargé aux termes de sa procuration, de procéder à l'achat de certains objets, le tiers avec qui il contracte ne peut être tenu pour responsable si les objets, une fois livrés, sont détournés par le mandataire à son profit personnel. Le mandant est tenu de payer les fournitures et ne peut que se retourner contre son fondé de pouvoir indélicat.

tion tacite sont appréciés souverainement par le juge (1). Tantôt la Jurisprudence valide la souscription d'une police d'assurance par la femme, le mari ayant nettement indiqué qu'il l'a ratifiait en payant lui-même les premières primes (2), tantôt elle valide des acquisitions effectuées par la femme du fait qu'elles se sont continuées pendant plusieurs années au vu et au su du mari (3).

Ayant ainsi examiné les conclusions des tribunaux et avant de porter sur elles un jugement d'ensemble, il est nécessaire de prendre connaissance des solutions données à ce problème par le droit positif français, afin de rechercher si celui-ci ne vient pas modifier l'attitude adoptée par la Jurisprudence quant aux actes permis à la femme.

SECTION II

Les solutions adoptées par le législateur

L'objet du mandat domestique de l'épouse se trouve défini dans les lois du 13 juillet 1907 et du 22 septembre 1942.

L'article 3 de la loi de 1907 fait allusion au mandat domestique de la femme mariée en parlant des dépenses faites par celle-ci « dans l'intérêt du ménage », dépenses qui engagent les biens du mari et ceux de communauté. Cette formule est extrêmement vague. Le ménage, dans la théorie jurisprudentielle sur le mandat tacite, est synonyme de vie commune du foyer. Les pouvoirs ménagers de la femme s'étendraient ainsi à toutes dettes résultant des actes nécessaires ou simplement utiles à la satisfaction des besoins communs et des besoins personnels des membres de la famille : époux et enfants.

Mais certains commentateurs de la loi de 1907 ont interprété ce terme beaucoup plus largement dans le sens de couple ou d'association formée par les deux époux et ils en ont déduit que l'intérêt

(1) Cass. 6 février 1893, D. 1893.1.352.

(2) Saintes, 29 novembre 1923, *précité*.

(3) Paris, 22 juillet 1932, *Gaz. Trib.*, 1932.II.2.212 ; Cf. Paris, 8 juillet 1925, D. 1926.2.77. Certains ont critiqué la Jurisprudence de se placer au moment de l'exécution des contrats passés par la femme pour en apprécier la validité. Nous pensons que ces solutions se justifient parfaitement au point de vue de la technique juridique. La Jurisprudence tient compte du consentement postérieur du mari parce qu'elle y voit à juste titre une confirmation ou une ratification de l'acte irrégulier de la femme qui le couvre définitivement. Ce n'est que l'application des principes du mandat et, en particulier, de l'article 1993

du ménage correspondait à l'intérêt commun général des époux. Dès lors, tous les actes d'administration des biens de la communauté, pécule et patrimoine commun ordinaire, seraient accomplis dans l'intérêt du ménage puisque les époux doivent un jour se partager ces biens, et seraient opposables aux actes n'ayant en vue que l'intérêt de l'un des époux. En conséquence rentreraient dans le groupe des dépenses faites par la femme dans l'intérêt du ménage, outre celles résultant d'actes d'administration purement domestique au sens de la Jurisprudence, les dettes contractées par elle en vue de conserver ou d'accroître les biens communs réservés à son administration (1).

En résumé, il s'agit de savoir, si pour la loi de 1907, l'étendue des pouvoirs ménagers de la femme exerçant une profession séparée est semblable à celle des pouvoirs de toute femme mariée, telle qu'elle découle de la Jurisprudence étudiée, ou si cette loi introduit une nouvelle définition des dettes de ménage. Cette controverse n'a pas perdu tout son intérêt du point de vue pratique avec la loi de 1942 qui, si elle a incorporé les dispositions de la loi de 1907 dans le Code, n'en a pas moins conservé, dans l'article 225, l'expression de « dettes contractées dans l'intérêt du ménage » pour qualifier l'objet des pouvoirs ménagers de la femme exerçant une profession séparée. Elle demeure intéressante du point de vue théorique, car elle pourrait être utilisée par ceux qui voudraient étendre l'objet des pouvoirs ménagers de l'épouse.

Pour admettre la thèse extensive, il faudrait être convaincu que, dans l'esprit du législateur, l'intérêt du ménage est synonyme de l'intérêt commun. Or, il paraît douteux que celui-ci ait voulu détourner l'expression de son sens habituel. Etymologiquement et traditionnellement, le ménage désigne la vie commune des époux, la vie domestique. La loi de 1907, fidèle à la tradition juridique, n'a certainement réservé un sort spécial qu'aux actes qui satisfont directement aux besoins vitaux des époux et aux exigences de la vie domestique.

C'est d'ailleurs l'interprétation qui fut soutenue par M. Violette, rapporteur du projet de loi, devant la Chambre des Députés : « On ne considère pas comme contractées dans l'intérêt du ménage les

(1) Pichon, *Revue Critique*, 1908, p. 228, et Margat, *op. cit.*, p. 236 et s.

obligations de la femme pour l'administration de ses biens réservés » (1). Il est d'ailleurs un autre argument en ce sens : si les actes d'administration de la femme engageaient la responsabilité du mari en tant qu'accomplis dans l'intérêt du ménage, on ne comprendrait plus l'utilité des dispositions de l'article 3, alinéa 4, qui deviendraient lettre morte, puisque cet article décide précisément que le mari ne répond pas des dettes contractées par la femme même lorsqu'elle a agi dans la limite des droits que lui confère l'article premier, mais sans autorisation maritale. Ce paragraphe souligne le principe que les dettes contractées par la femme seule pour l'administration de son pécule, quoique valables, n'engagent pas les biens ordinaires de la communauté (2).

Admettre l'interprétation extensive serait renverser complètement les principes de la loi de 1907 en vertu desquels un époux ne répond pas des obligations contractées par son conjoint. La loi a pour but d'assurer à chacun l'indépendance complète dans l'administration du patrimoine qu'il a entre les mains, mais cette indépendance a pour contre-partie l'obligation pour chacun d'exercer son administration à ses seuls risques. A ce principe, il est bien admis une exception en faveur d'une catégorie d'actes, mais précisément parce qu'ils ne concernent spécialement aucun des patrimoines, qui, même en vertu du caractère intime de l'union conjugale ne profitent personnellement ni au mari, ni à la femme, mais à cette entité distincte des personnes qu'est le ménage. Dans ces conditions, la personnalité de celui qui a traité importe peu et on comprend que la loi accorde le même gage à toutes les dettes qui en résultent et que ce gage soit l'ensemble des biens. Cette disposition applicable aux dettes de ménage doit donc être exceptionnelle. Or, en faisant de l'intérêt du ménage l'intérêt commun, les obligations personnelles à chaque époux deviendraient, en fait, l'exception et ne comprendraient que les dettes de jeu, de cabaret, les dépenses de fantaisie et de luxe, n'existant pour ainsi dire pas dans les ménages normaux (3).

(1) Certes M. Violette ajoutait que la loi s'expliquait d'ailleurs sur ce point alors qu'elle est muette, ce qui enlève quelque poids à son affirmation. Mais s'il y a quelque exagération dans les termes, on saisit bien la pensée du rapporteur.

Session ordinaire du 28 juin 1907, J.O. *Chambre des Députés, Annexe*, p. 900, n° 128

(2) On peut d'ailleurs admettre que c'est là que M. Violette a puisé la base de son affirmation.

(3) Autre objection : le profit commun retiré par les deux époux de leurs actes d'admi-

Nous estimons donc que la loi de 1907 n'avait pas modifié l'objet des dettes de ménage et que seuls les frais de la vie domestique correspondant aux besoins vitaux de la famille constituaient la catégorie des dettes contractées par la femme « dans l'intérêt du ménage », à l'exclusion des frais d'administration du pécule (1).

Il nous faut maintenant examiner la loi du 22 septembre 1942 et rechercher l'objet qu'elle a entendu donner au pouvoir de représentation désormais reconnu par la loi à l'épouse.

L'article 220 accorde ce pouvoir à la femme pour « *les besoins du ménage* ». Tel est le critérium adopté par le législateur français qui n'a fait que reprendre l'expression la plus couramment employée par la Jurisprudence antérieure. C'est qu'il a entendu que son intervention n'ait pour but que de légaliser les solutions de la Jurisprudence sans y apporter de modifications, au moins dans leur ensemble. Les solutions précédemment étudiées gardent donc toute leur valeur. Certes l'alinéa 1^{er} de l'article 220 ajoute que « *la femme a le pouvoir d'employer pour cet objet (les besoins du ménage) les fonds qu'il (le mari) laisse entre ses mains* ». Prise à la lettre, cette dernière expression pourrait laisser croire que la femme ne peut faire que des opérations limitées aux sommes versées par son mari et qu'elle ne pourrait pas l'engager par des opérations à crédit. Une telle opinion nous paraît absolument inadmissible, car ce serait permettre au mari de limiter à son gré et même de supprimer les pouvoirs de la femme. Ce n'est pas au moment précis où le législateur lui reconnaît un pouvoir légal qu'il tiendrait compte de la volonté du mari, alors que la Jurisprudence l'a méconnue à une époque où la femme était pourtant censée agir en qualité de mandataire de celui-ci. Nous sommes donc forcés de penser que ce second membre de phrase ne correspond absolument à rien et d'ailleurs il ne résoud aucun problème, car lorsque le mari a remis de l'argent à sa femme, celle-ci paye immédiatement les fournisseurs et aucune difficulté ne peut se présenter. Peut-être faut-il regretter que le texte de l'article 220 ait été

nistration n'est d'ailleurs qu'éventuel et subordonné à l'acceptation de la femme à la dissolution de la communauté. Car, si celle-ci renonce, chaque époux conservera la propriété exclusive des biens qu'il a administrés. Comment pourrait-on dès lors admettre que le mari soit obligé de payer une dette du pécule non encore réglée, alors qu'il resterait étranger au patrimoine qui a pu profiter du contrat, pour les dettes payées antérieurement par le mari, l'intérêt commun se trouverait démenti.

(1) Dans le même sens, Beudant, *op. cit.*, t. X, n° 238.

rédigé rapidement, ses rédacteurs ont voulu simplement confirmer les solutions acquises par les tribunaux, une mise au point légale leur paraissant absolument nécessaire ; mais ils ont estimé que cette réforme ne présentait aucune difficulté. Nous aurons d'autres occasions de regretter que le texte relatif aux pouvoirs ménagers de la femme n'ait pas été suffisamment pensé et discuté.

Ce qui, en tous cas, est certain, c'est que l'article 220, adopte le critérium général des « besoins du ménage », terme bien imprécis, puisque nous avons vu que certains besoins essentiels du ménage comme le logement devaient être satisfaits par le mari et, qu'en principe, la femme n'avait pas le pouvoir de louer un appartement pour la famille.

Il est un point cependant où la loi du 22 septembre 1942 a apporté une solution nouvelle. Elle consiste dans la possibilité pour la femme, ce qui jusqu'ici lui avait été refusé, de se faire ouvrir un compte courant dans une banque, en vertu de son pouvoir de représentation.

Si les tribunaux n'ont jamais eu, à notre connaissance, à trancher ce problème, la doctrine était unanime pour décider qu'une femme mariée ne pouvait obtenir valablement l'ouverture d'un compte de dépôt dans une banque et faire fonctionner ce compte, en se prévalant du mandat domestique. M. Escarra s'exprimait ainsi : « Dans la pratique, le plus souvent lorsqu'une femme fait fonctionner un compte de dépôt, c'est en vertu d'un mandat donné par son mari... En tous cas, la notion de mandat tacite ne saurait évidemment être invoquée pour permettre à la femme d'effectuer des retraits du compte de son mari, ces retraits fussent-ils limités aux sommes afférentes aux dépenses que le mandat domestique justifie » (1).

Certes on pouvait objecter à cette solution qu'une femme séparée de biens ou exerçant une profession séparée, pouvait se faire ouvrir un compte sans autorisation de son mari. Mais la situation était toute différente. Dans le premier cas, le compte fonctionnait au nom de la femme et, s'il devenait débiteur, c'est contre elle et elle seule que la banque avait recours. Au contraire, si l'on attribuait à l'épouse le pouvoir de se faire ouvrir un compte à son nom ou au nom de son mari en vertu de son mandat domestique, c'est contre le mari que la banque aurait eu action si le compte était devenu déficitaire.

(1) Escarra, *Principes de droit commercial*, t. VI, § 329, p. 194.

Il ne pouvait donc être tenté de raisonnement d'analogie entre les deux situations.

La loi de 1938, en rendant la capacité à l'épouse, n'avait pas pour autant modifié la situation de la femme commune en biens et ne lui avait pas permis l'ouverture d'un compte en banque, même dans l'hypothèse où celle-ci se serait réservé l'administration de certains biens personnels. En effet, l'argent du ménage est présumé commun, et il aurait fallu pour que le compte de la femme puisse fonctionner normalement que l'épouse fasse la preuve à chaque remise que les fonds versés lui appartenaient personnellement, ce qui pratiquement est chose impossible. La loi du 22 septembre 1942 n'a d'ailleurs pas supprimé cette gêne apportée par le régime de communauté et l'article 222, relatif au compte personnel de la femme mariée, n'a fait que confirmer les solutions antérieures, mais l'examen du compte personnel ne rentre pas dans le cadre de notre étude.

Ce qui dans la loi de 1942 est relatif aux pouvoirs ménagers de la femme et en même temps est innovation, c'est la possibilité pour l'épouse en vertu de l'article 221 de se faire ouvrir un compte courant spécial sous sa seule signature et au nom du mari, en application de son pouvoir de représentation : « *En application de l'article précédent, la femme peut, sur sa seule signature, faire ouvrir, par représentation de son mari un compte courant spécial pour y déposer ou en retirer les fonds qu'il laisse entre ses mains* ». Cette extension des pouvoirs de la femme est d'ailleurs conforme à l'évolution contemporaine de notre législation qui tend à développer la pratique du chèque, et en rend même l'usage obligatoire pour de nombreux paiements. Elle doit être approuvée dans son principe si l'on songe que l'augmentation croissante du coût de la vie oblige la femme mariée à manier pour les besoins du ménage des fonds chaque jour plus considérables ; il serait regrettable qu'elle soit obligée de les conserver entre ses mains.

Les règles fondamentales relatives au fonctionnement de ce compte de ménage vont s'inspirer directement des règles du pouvoir de représentation dont il n'est qu'un nouvel aspect. Ce lien très étroit est volontairement souligné par les premiers mots de l'article 221, qui se réfèrent à l'article 220 : « *en application de l'article précédent* ».

Il s'en suit que ce compte va pouvoir être ouvert par toute femme

mariée, indépendamment du régime matrimonial adopté, que celui-ci réserve ou non à la femme la jouissance de certains biens personnels. Certes, dans le premier cas, elle pourra aussi se faire ouvrir un compte personnel, mais le compte de ménage est possible dans les deux hypothèses. D'autre part, et toujours par application de la même idée, ce compte ouvert par la femme le sera au nom du mari et sera, en définitive, un compte du mari. Il est destiné à recevoir les fonds que celui-ci laisse entre les mains de sa femme pour lui permettre de faire face à ses obligations ménagères.

Quant au champ d'application des opérations que la femme peut faire en y recourant, il est déterminé par les actes que nous avons reconnus comme permis à la femme par la Jurisprudence. Aussi, bien que la loi de 1942 parle de compte courant, la loi du 1^{er} février 1943, qui a réglementé l'organisation technique de ce compte, parle avec plus de précision de la possibilité pour « *les femmes mariées de se faire ouvrir, sans l'autorisation de leur mari, chez les personnes, établissements ou entreprises sur qui les chèques peuvent être tirés ou dans les bureaux de chèques postaux, des comptes qui ne pourront enregistrer que des dépôts ou retraits de fonds en espèces, par chèques ou par virements* ». Il s'agit donc plutôt du compte en banque ou compte de dépôt et non du compte courant au sens de ce mot dans le droit bancaire. La femme mariée ne pourrait donc se faire ouvrir, par représentation de son mari un compte de titres, ni procéder à des opérations sur valeurs mobilières, ce qui est conforme à l'idée que les opérations de bourse et de banque sont en principes interdites à l'épouse. C'est en partant de la même idée qu'il est facile d'expliquer que l'alinéa 2 de l'article 221 décide que la « *balance de ce compte n'en peut être rendue débitrice qu'en vertu d'un mandat exprès du mari* ». Nous avons, en effet, constaté que les emprunts étaient, en principe, interdits à la femme et que dans les cas exceptionnels où leur validité peut être défendue, il fallait qu'ils servent à régler les dépenses ménagères. Or l'avance consentie par la banque à la femme pourrait servir à régler toutes sortes de dépenses sans rapport avec la mission domestique de l'épouse (1).

Toutes ces conséquences vérifient la formule si suggestive employée

(1) Nous n'avons pas à examiner pour l'instant les règles de révocation grâce auxquelles le mari pourra s'opposer à ce que la femme puisse continuer à utiliser le compte de ménage ; leur étude en sera faite en même temps que celle des règles de révocation du pouvoir de représentation en général.

par M. Fréjaville dans une étude sur le compte de ménage de la femme mariée « le compte de ménage est l'expression bancaire du mandat domestique » (1).

A ces dispositions générales, le législateur de 1942 avait cru bon d'ajouter des précisions techniques quant au fonctionnement de ce compte, toutes inspirées par l'idée que, celui-ci étant compte du mari, son propriétaire devait être tenu au courant de son ouverture et que son emploi était strictement réservé au maniement de fonds remis par le mari à sa femme pour satisfaire les besoins journaliers du ménage.

Dans cet esprit, les alinéas 2 et 3 de l'article 221 imposaient au dépositaire l'obligation de notifier au mari l'ouverture du compte. Dans le cas où le mari ne pouvait être touché par cette notification, le dépositaire pouvait exiger que la femme fût habilitée par justice, conformément à l'article 219. Si ces règles étaient bien conformes à l'idée que la femme n'agissait que par représentation du mari, elles étaient de nature à compromettre l'essor des comptes de ménage dans les cas où ils auraient eu le plus d'utilité, car ce sont surtout les femmes dont le mari est absent ou hors d'état de manifester sa volonté qui ont le plus besoin d'un compte de ménage. Les obliger à recourir alors à l'autorisation de justice était bien souvent les amener à se détourner de l'idée de se faire ouvrir un compte en banque. D'un autre côté, les banquiers émirent des craintes quant à leur responsabilité éventuelle à l'égard du mari. Le compte du ménage se heurtait, en définitive, aux mêmes obstacles que le compte personnel sous le régime de la communauté. Il est certain, en effet, que la femme ne pouvait verser à ce compte que l'argent remis par son mari ; le banquier pouvait donc être amené à voir sa responsabilité engagée si la femme y déposait des fonds provenant d'une autre origine. Dès lors la femme se trouvait obligée de justifier pour chaque somme déposée qu'elle correspondait à l'argent remis par son mari pour les besoins du ménage. Comme cette preuve était pratiquement impossible, les banquiers estimaient qu'ils devaient continuer à demander comme autrefois une procuration du mari pour

(1) M. Fréjaville, *Le compte de banque de la femme mariée dit « compte du ménage »*, Jurisclasseurs 3 octobre 1943, Doctrine, p. 364. Nous nous sommes d'ailleurs largement inspirés de cette étude dans l'examen que nous faisons du compte de ménage.

dégager leur responsabilité. C'était rendre inutile le compte du ménage..

Aussi le législateur fut-il amené à intervenir pour rectifier ces règles de technique, dégager la responsabilité des banquiers et permettre à la femme d'assurer en toute liberté le fonctionnement de ce compte. Ce fut l'objet d'une loi du 1^{er} février 1943, qui malheureusement, nous aurons l'occasion de le constater, comporte bien des défauts qui ont prêté à discussion.

D'une part, en effet, le législateur a entendu supprimer la formalité de la notification au mari de l'ouverture par la femme d'un compte du ménage ou, à son défaut, la nécessité d'une autorisation de justice. D'autre part, il a décidé que la remise de fonds vaudrait preuve, à l'égard du dépositaire, que ceux-ci ont été laissés entre les mains de la femme pour les besoins du ménage : ainsi se trouvait dérogée la responsabilité du dépositaire.

Mais le texte a été très mal rédigé et le sens littéral est tout à fait différent de celui qu'on a voulu lui donner. C'est que les rédacteurs de la loi du 1^{er} février 1943, alors qu'ils entendaient se borner uniquement à modifier certaines règles du compte de ménage ont confondu compte de ménage et compte personnel. Le paragraphe 2 de l'article 12 décide que « *ces comptes (de ménage) sont régis par les dispositions des articles 221 et 222 du Code civil* », c'est-à-dire à la fois par le texte qui régit le compte du ménage et celui qui a trait au compte personnel. De là, les rédacteurs de la loi en sont arrivés à ne supprimer la nécessité de la notification d'ouverture au mari que dans le cas où la femme n'a pas l'administration et la jouissance de biens personnels et réservés, de même que la présomption d'origine des fonds ne jouerait que dans cette hypothèse. M. Esmein a essayé de proposer une explication de cette différence de traitement, (1) en disant que, dans le cas où la femme a des biens personnels, on peut craindre qu'elle ne se serve du compte de ménage pour régler des dépenses personnelles (2). M. Fré-

(1) M. Esmein n'applique d'ailleurs cette distinction qu'en ce qui concerne la formalité de la notification et il estime que la présomption d'origine joue, dans tous les cas, malgré les termes impropres de la loi. Nous ne voyons pas en vertu de quel principe on pourrait appliquer le texte littéral dans un cas et le rejeter dans l'autre. Cf. Esmein, *Le compte de Banque de la femme mariée*, *Gaz. Pal.* 14 avril 1943. Voir aussi : de Vanard, *Les comptes de chèques de la femme mariée*, *Rev. génér. prat. du Notariat*, art. 26125.

(2) Par exemple en incorporant des fonds provenant du mari dans des travaux sur un immeuble ou dans un fonds de commerce ou dans des acquisitions de valeurs mobilières qui tous sont supposés propres.

javille a réfuté cette explication en montrant que l'existence d'un tel danger ne résultait pas de l'existence d'un compte en banque, mais qu'elle se produisait dès l'instant où le mari remettait de l'argent à sa femme (1). Et nous paraît qu'il faut écarter ici l'interprétation littérale et considérer que la dispense de notification ainsi que la présomption légale attribuée à la remise des fonds s'appliquent à tous les comptes de ménage sans distinction. Les banques ont d'ailleurs considéré qu'il en était ainsi et elles ont pris l'habitude d'ouvrir les comptes de ménage sans faire de notification, ni exiger d'autorisation du mari.

On peut déplorer cependant cette incertitude, née d'une confusion manifeste, en même temps d'ailleurs que l'étrange méthode législative qui consiste à modifier certains textes du Code civil au moyen de dispositions extérieures, non reproduites aux articles correspondants du code.

Dans l'ensemble, il n'en reste pas moins que l'on doit approuver cet élargissement des pouvoirs de la femme qui augmente sa liberté dans le maniement de l'argent. Remarquons que, par certains côtés, cette institution tend à rapprocher les pouvoirs ménagers de la femme de la conception d'un pouvoir propre ; le mari n'a pas en effet la libre disposition des fonds versés au compte domestique (2). Il ne peut les retirer que par la voie de l'opposition, c'est-à-dire en révoquant le pouvoir qui appartient à sa femme de faire fonctionner le compte. Or si les droits de la femme ne s'exerçaient strictement, comme le dit l'article 221, que par représentation du mari, celui-ci devrait pouvoir disposer à sa guise du crédit du compte. Puisque cela n'est pas, c'est que la femme fait plus que représenter son mari. C'est l'un des signes, encore infime il est vrai, mais certain, de l'évolution du droit français vers la reconnaissance d'un pouvoir propre.

Ayant ainsi dégagé les solutions, la plupart du temps fragmen-

(1) M. Fréjaville, *op. cit.*, n° 364. Une telle distinction rendrait inopérante la réforme de l'article 12, puisque le banquier, pour savoir s'il est dispensé de la notification, devrait obtenir de la femme la preuve qu'elle n'a l'administration et la jouissance d'aucun bien, preuve négative, donc tout à fait impossible. Dès lors le banquier se verrait dans l'obligation de procéder dans tous les cas à la notification.

(2) La gestion régulière ou inopinée du mari est impossible. Contra : M. Julliot de la Morandière, *Semaine Juridique* 1943, n° 4, n. 304. Mais depuis, la loi du 1^{er} février 1943 est venue réglementer cette intervention et cette opinion ne peut plus être soutenue aujourd'hui.

taires, de la Jurisprudence et les formules générales employées tant par les tribunaux que par les textes de lois, il est possible maintenant de porter une vue d'ensemble sur ces solutions et d'indiquer celles qui pourraient être utilement modifiées.

SECTION 3

Examen critique et essai de systématisation

Besoin du ménage, dépenses dans l'intérêt du ménage, tels sont les critères généralement adoptés par la Jurisprudence et les lois de 1907 et de 1942. Il s'agit de savoir si l'on peut s'en contenter.

Nous ne le pensons pas, car tous ces critères sont insuffisamment précis et présentent le grave défaut d'être posés à priori. Louer un appartement est faire une opération intéressant le ménage, indispensable même à sa vie et cet acte ne rentre pas au regard de la Jurisprudence dans les actes permis à la femme en vertu de son mandat domestique. Aussi a-t-on voulu établir une classification parmi ces besoins du ménage, en distinguer deux catégories : les besoins courants, normaux, journaliers et ceux que ne présentent pas ces caractères ; c'est à cette distinction que tend, en particulier, le projet René Renoult, en parlant des besoins courants du ménage ; mais cette définition est alors trop étroite, puisque nous avons vu que les soins médicaux de la femme rentraient dans le champ d'application de ses pouvoirs ménagers, bien que constituant des frais exceptionnels non compris, par exemple dans la pension alimentaire que le mari peut verser à sa femme pour faire face aux dépenses courantes du ménage.

Cette imprécision des formules employées par la Jurisprudence, la multiplicité des critères successivement adoptés, révèlent la grande difficulté que présente la recherche de discrimination des actes accomplis par la femme en vertu de ses pouvoirs ménagers et de ceux qui ne le sont pas. Pour essayer d'apporter un peu de lumière, il est peut-être utile d'examiner les critères proposés par la doctrine sans méconnaître les enseignements qui peuvent être tirés de l'étude du droit comparé.

Les anciens auteurs étaient forts brefs sur l'étendue des pouvoirs que conférait le mandat tacite du mari à la femme.

Lebrun parle « des choses nécessaires pour la subsistance et l'entretien du ménage, la femme étant réputée procuratrice pour telles emplettes, tant qu'il n'y a pas preuve de mauvais usage » (1).

Guyot déclare: « Il est à remarquer que la femme, en achetant des marchandises pour l'habillement et la nourriture de sa famille, n'est régulièrement obligée que comme mandataire de son mari » (2), et il applique plus loin le mandat tacite « aux fournitures d'une maison ».

Cette brièveté ne doit pas nous étonner, non pas comme certains le pensent (3), que le rôle de la femme dans ce domaine fut, à cette époque, très effacé, mais bien plutôt parce que l'activité ménagère de la femme était alors tellement entrée dans les mœurs qu'on ne sentait pas le besoin de la réglementer juridiquement. L'usage et la pratique semblaient alors suffire pour déterminer les actes que la femme pouvait faire en vertu de son mandat domestique.

Les auteurs modernes ont, au contraire, tenté de préciser le contenu du mandat domestique avec plus de netteté. Certes, les premiers se contentent, au lieu de donner un critérium général, d'énumérer les actes permis à la femme et nous savons toute l'insuffisance de telles énumérations. Rodière et Pont (4) estiment, qu'en vertu de son mandat domestique, la femme « doit pourvoir librement aux besoins du ménage, acheter toutes les choses nécessaires à la famille, régler les mémoires, souscrire des billets ou des reconnaissances ».

Demolombe (5) donne à la femme le pouvoir de faire tous achats « pour nourritures, vêtements et ameublement ». Il est vrai qu'indirectement Demolombe adopte le principe général que « les actes d'administration domestique » sont permis à la femme puisque, refusant à celle-ci le droit de louer un appartement ou une maison « acte plus grave », il reconnaît que cette interdiction peut apparaître comme une exception « puisqu'il se pourrait aussi, en raison des circonstances, que le bail lui-même d'un logement nécessaire

(1) Lebrun, *Traité de la communauté*, Livre II, chap. II, section 2, § 6.

(2) *Répertoire*, v^o *Autorisation*, section VIII, n^o 7, p. 840.

(3) Lecomte, *op. cit.*, p. 101, et Jary, *op. cit.*, p. 125.

(4) *Traité du contrat de mariage*, 2^e éd., t. II, § 792.

(5) *Cours de Code Napoléon*, 4^e éd., t. IV, § 170, p. 182.

à la famille fut considéré comme un acte d'administration domestique ».

Laurent (1) préfère laisser au juge « une grande latitude », ceci est parfaitement raisonnable, mais n'empêche pas que cette liberté d'action puisse s'exercer dans le cadre d'une formule générale.

Quant à Guillaouard (2), il se borne à comprendre dans le mandat domestique l'achat des aliments nécessaires à la famille, des vêtements destinés à l'usage de ses divers membres, des menus objets mobiliers indispensables à la vie domestique.

En vérité, il faut attendre Binet pour voir tenter un effort sérieux de synthèse et une recherche approfondie d'un critérium d'application générale. Celui-ci pose tout d'abord le principe que « le mandat domestique a, d'une manière générale, pour objet de pourvoir à l'entretien du ménage ». Et il cite, à titre d'exemples, un certain nombre de contrats que la femme peut conclure, tels qu'achats de denrées et d'ustensiles de ménage, de vêtements, contrats de louage de services, etc... Recherchant alors une formule d'ensemble assez souple et générale pour se plier à toutes les contingences du milieu social et pour être susceptible des applications les plus variées, Binet (3) en arrive finalement à hésiter entre la formule du Code Allemand (4) et celle du Code civil Suisse (5), le premier assignant à la femme, comme sphère de son pouvoir, « le cercle d'action domestique », l'autre limitant son activité « à la

(1) *Principes de droit civil français*, 3^e éd., t. XXII, § 107.

(2) *Contrat de mariage*, 2^e éd., n° 865, p. 344.

(3) Binet, *op. cit.*, p. 326.

(4) Les législations antérieures à 1896, en mettant de côté celles qui avaient eu recours au procédé de l'énumération, avaient adopté la notion de ménage pour définir la sphère d'activité de la femme mariée. La législation prussienne donnait à la femme « pouvoir pour les affaires habituelles du ménage », celle du pays de Bade : « pouvoir pour tous les actes rentrant dans la conduite ordinaire du ménage », la législation saxonne enfin : « pouvoir pour le but de la direction du ménage ». Le Code de 1896 ne s'est plus référé à la notion de ménage, mais a adopté une formule nouvelle déjà proposée par certains auteurs et même accueillie par un document législatif, la loi oldenbourgeoise du 24 avril 1875 : il règle l'étendue du pouvoir domestique de la femme « sur son cercle d'action domestique » notion qui, dans l'esprit du législateur de 1896, est plus large que celle de ménage, comprenant toute l'activité attribuée à la femme par les idées et les mœurs modernes, innovation heureuse parce qu'elle a mis le langage de la loi en harmonie avec l'usage courant.

(5) Alors que le Code suisse marque un progrès très sérieux sur le Code allemand en ce qui concerne le fondement des pouvoirs ménagers, au contraire, dans la détermination de leur contenu, le Code de 1907 se réfère encore à la notion de ménage et adopte le critérium des besoins courants du ménage. Le texte littéral de la loi est d'ailleurs peu de choses et n'a pas empêché de donner toute sa portée à l'activité de l'épouse et, en pratique, le droit suisse fait embrasser à la femme tout ce cercle d'action domestique que le code allemand lui attribue expressément.

satisfaction des besoins courants du ménage ». Il adopte d'ailleurs finalement la première formule, présentant, à son avis, l'avantage de ne pas restreindre le rôle de la femme à une besogne purement matérielle, à la charge d'assurer la subsistance du ménage ; elle l'étend, en outre, à tout l'ensemble des attributions, même d'ordre intellectuel et moral, qu'embrasse la mission de l'épouse. Quant à savoir quel sera pour chaque ménage, en particulier le cercle d'action domestique, Binet en fait une question de fait, que seul, en cas de contestation, le juge pourra résoudre d'après les données de la cause.

Parmi les auteurs plus récents, Bartin limite exagérément le contenu du mandat domestique « aux achats des fournitures du ménage et aux commandes d'ouvrages relatifs à l'entretien de la famille, ainsi qu'au règlement des dettes contractées à ce sujet, en y comprenant tous les actes juridiques de nature à procurer l'extinction des dites dettes..., à l'exception toutefois des actes de disposition ou même d'administration des biens communs » (1).

M. Rouast (2), employant par avance l'expression de pouvoir de représentation, estime que celui-ci a pour objet « l'entretien du ménage » et il tire les conséquences de cette formule quant aux actes autorisés.

Tandis enfin que MM. Planiol et Ripert font mention « des fournitures nécessaires au ménage et des dépenses courantes, ce qu'on appelle maintenant d'un nom nouveau : les actes ménagers » (3), MM. Colin et Capitant et Julliot de la Morandière (4), recourent à la formule « tous les actes qui intéressent la vie domestique ».

M. Lecomte est le dernier à avoir proposé un critérium permettant de déterminer les actes rentrant dans le mandat domestique (5) ; il le déduit du fondement de ce mandat et propose la directive suivante : la femme est qualifiée pour conclure seule les actes pour lesquels l'intervention du mari ne peut être raisonnablement sollicitée. Si ce critérium répond dans l'ensemble aux solutions de la Jurisprudence et présente une précision suffisante, il nous paraît impuissant à répondre à l'idée que les pouvoirs de la femme sont

(1) Sous Aubry et Rau, *op. cit.*, 5^e éd., t. VIII, § 509.

(2) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. II ; *La famille*, par M. Rouast, § 394, p. 319.

(3) Planiol et Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, II^e éd., t. III, § 1099, p. 151.

(4) Colin, Capitant, Julliot de la Morandière, *op. cit.*, 8^e éd., t. I, § 619, p. 664.

(5) Lecomte, *op. cit.*, pp. 107 et s.

une conséquence de sa personnalité et de la mission spécifique qui en découle. Il se rattache par trop à l'idée de mandat, la femme devant en quelque sorte effectuer les actes que le mari ne peut faire par lui-même, étant donné son inaptitude ou ses occupations professionnelles.

De cette étude, il ressort tout d'abord que la formule de la loi de 1942 est insuffisante, qu'elle comporte une erreur de rédaction, puisqu'il est certain que le législateur a entendu se référer aux solutions antérieures de la Jurisprudence et qu'il n'a pu vouloir limiter les pouvoirs de la femme aux sommes à elle remises par le mari. Il est certain, d'autre part, qu'il faut fixer l'étendue des pouvoirs de la femme par une formule assez compréhensive pour se plier à toutes les contingences de la vie sociale, car seul le juge de la cause peut décider si, en fait, l'activité de l'épouse s'est bien bornée au rôle qui lui est reconnu. Enfin, il nous apparaît essentiel que le critère adopté reflète bien l'idée que les pouvoirs de la femme sont voulus par la loi et la mission naturelle de la femme. Nous proposerions volontiers une formule conçue à peu près dans les termes suivants : « Toute femme mariée a, du seul fait de son mariage, le pouvoir d'engager le mari et, le cas échéant, la communauté, par tous les actes qui rentrent dans sa mission de maîtresse de maison, en tant que mère et épouse ».

En ce qui concerne l'application pratique de cette formule générale, nous avons eu l'occasion, au cours de l'examen des solutions jurisprudentielles, de donner notre opinion et nous pensons qu'il est inutile d'y revenir. Il est un point cependant qui, par son importance, mérite qu'on y consacre quelque développement.

L'épouse, par ses pouvoirs ménagers, peut passer les actes qui rentrent dans son activité de maîtresse de maison et, par là, engager les biens du mari. Peut-elle administrer directement les biens conjugaux, au moins dans la mesure qui serait nécessaire pour que la femme se procure les ressources indispensables pour faire face aux dettes de ménage ?

Binet est partisan de l'affirmative et il voudrait voir concéder à l'épouse, sur le patrimoine conjugal, un pouvoir direct d'administration et de disposition, les pouvoirs de la femme sur les biens matrimoniaux n'ayant d'autre limitation que le but même dans

lequel ils seraient exercés, à savoir le but d'entretien domestique ; mais, quant aux biens sur lesquels ils porteraient, ils s'étendraient indifféremment à l'ensemble du patrimoine conjugal (1).

Tel n'est pas notre avis, car les deux époux se trouveraient avoir des droits semblables sur les biens conjugaux et leur action ne pourrait que se heurter, ce qui amènerait des difficultés sérieuses. La solution de Binet, excellente peut-être dans le domaine théorique, nous paraît irréalisable en pratique, car on voit mal comment les mêmes biens pourraient être gérés à la fois par les deux époux. D'autre part, le système de M. Binet nous paraît aboutir à des erreurs : c'est ainsi que, sous le régime de séparation de biens, cet auteur propose de reconnaître à la femme un droit de disposition direct sur les biens maritaux quand elle agit pour le ménage, par transfert à celle-ci des droits du mari. Il nous paraît que cette solution aboutit à méconnaître que les droits du mari, sous ce régime, sur ses biens personnels, sont des droits de propriétaire et non d'administrateur pour le compte du ménage.

En un mot, nous pensons que la solution de Binet aboutit, en définitive, à faire sortir l'épouse de son rôle naturel qui ne peut être de disposer des biens conjugaux, même en vue de faire face aux dépenses du ménage. Personne ne peut soutenir que la femme est mieux préparée que l'homme pour gérer les biens et le contraire nous paraît la règle générale.

Ce qui, pour nous, constitue la solution logique, consisterait à permettre à la femme de disposer directement des revenus des biens conjugaux et, en particulier, de pouvoir utiliser sa part contributive dans les dépenses du ménage, sans devoir la remettre nécessairement au mari. Les revenus ont, pour première destination, l'entretien du ménage, la femme devrait donc pouvoir en disposer librement et directement. Nous pensons que celle-ci pourrait même en opérer un placement proportionné en vue des dépenses futures.

Adopter ce point de vue, c'est évidemment faire sienne la théorie du pouvoir propre. Mais nous ne croyons pas que cette théorie puisse conduire à la solution proposée par Binet. La femme doit pouvoir utiliser librement l'argent qui doit servir à faire face aux

(1) Lecomte, *op. cit.*, p. 316

dépenses du ménage, elle ne doit pas pour cela se voir reconnaître un droit d'administration et de disposition sur les biens conjugaux.

Ainsi organisés, les pouvoirs ménagers de l'épouse nous paraissent correspondre aux légitimes exigences de la femme et à ses droits de personne égale, mais aussi complémentaire de l'homme. La vérité est dans ce qui est la loi fondamentale de toute vie, à savoir le concours. Le concours, c'est une division intelligente du travail, chacun apportant au groupe le secours d'une action en rapport avec ses aptitudes et ses tendances. Ce que sait faire la femme, ce qui attire la femme, ce qu'elle est, par conséquent, en état de réaliser d'une façon supérieure, voilà ce que doit se demander avant tout un féminisme rationnel et respectueux des droits de la vie. Assurer à la femme dans ces domaines une indépendance et une responsabilité, voilà ce que la loi se doit de faire.

Il faut amener la famille à son maximum, c'est-à-dire renforcer l'unité de ses éléments, sans affaiblir, mais en renforçant également la valeur des personnes qu'elle assemble.

C'est un principe philosophique d'application universelle qu'une combinaison quelconque a d'autant plus de valeur qu'elle fait une unité plus serrée entre les éléments plus riches. Si l'on serre le lien aux dépens de la valeur des individus, ou si l'on développe les individus hors du lien, dans les deux cas on rend la combinaison moins heureuse. Si cette combinaison est la famille, les rapports de ses membres doivent d'autant plus retenir notre attention. Nous venons de rechercher les exigences de la première partie de ce programme : il nous faut désormais examiner comment cette activité de la femme viendra harmonieusement s'intégrer dans l'organisation de la famille, comment les pouvoirs ménagers de la femme pourront se concilier avec la nécessité d'une autorité dans la famille.

SECONDE PARTIE

LES DROITS DE LA FEMME ET L'AUTORITÉ DU CHEF DE FAMILLE

La mission de la femme s'intègre dans la vie de la société conjugale où deux êtres ont la responsabilité commune de la cellule familiale. Les deux époux, personnes indépendantes unies par le lien du mariage, en viennent ainsi à former une unité distincte, le ménage, où les pouvoirs du mari et de la femme doivent se compléter et s'harmoniser. Or pour que ce résultat soit atteint, il faut qu'une direction unique préside aux destinées du ménage. La famille, comme toute institution sociale, a besoin d'une autorité qui, comme toute autorité, aura son fondement dans la nature des choses. La famille ne pourrait vivre si les deux époux étaient libres de décider à leur guise. L'administration commune serait, en effet, perpétuellement entravée et la diversité d'opinions sur les petits détails opérerait bientôt la dissolution du ménage. Deux actions parallèles et concurrentes aboutiraient à l'anarchie. Force est donc de concilier la liberté des personnes avec l'autorité du chef de famille.

Certains ont pensé que cette conciliation était chose aisée et que le problème ne se posait même pas ? Reconnaisant qu'il était impossible de donner aux époux les mêmes pouvoirs sur l'ensemble des biens matrimoniaux, et qu'en conséquence une seule volonté devait, en dernier ressort, trancher les problèmes, ils croyaient supprimer la difficulté en affirmant qu'il n'était pas indispensable que cette volonté fût toujours la même ; ils préconisaient en con-

séquence un partage de pouvoirs entre les époux « où chacun garderait la direction absolue de sa partie ». Et ces auteurs de proclamer, tel Stuart Mill, que, si l'on prend soin de délimiter avec quelque précision le domaine propre de chaque époux, il n'y aura plus à considérer de conflits qui ne pourront naître que de la rencontre de deux volontés distinctes sur un même terrain. Ici, au contraire, chaque époux, étant maître chez lui, ne craindra pas les empiètements de l'autre époux.

Binet, adoptant ces principes, en concluait que les pouvoirs domestiques de la femme ne pouvaient se heurter à l'autorité du mari, puisqu'elle était maîtresse de ses décisions relativement à une certaine catégorie d'opérations, celles précisément relevant de son activité domestique. « Le ménage est régi par deux gérants, le mari et la femme, dont les attributions sont réparties, non pas d'après les biens qui font l'objet de leurs actes, mais d'après la nature même de ces biens. Et il suit de là que la femme sera pleinement indépendante dans sa sphère comme le mari dans la sienne et que l'époux n'aura pas plus le droit d'intervenir dans les opérations ressortissant à la zone ménagère, que l'épouse dans celles qui en excèderont les limites » (1).

Nous estimons que de telles conceptions, si elles résolvent théoriquement le problème d'une manière très logique, ne peuvent cadrer avec les faits. Il n'est certes pas, dans notre intention de revenir sur ce que nous avons affirmé concernant la répartition des tâches dans le ménage et l'activité personnelle de la maîtresse de maison. Mais cette mission de la femme vient s'intégrer dans une œuvre unique, le bien de la famille, et la vie ménagère s'intégrer dans la vie du foyer. Il existe bien deux domaines distincts, mais non indépendants.

D'une part, en effet, les dépenses du ménage prennent nécessairement leur place dans le budget familial et sont dépendantes des possibilités pécuniaires de ce budget. Il en découle que la détermination du montant total des dépenses est une question dépassant le domaine de l'activité ménagère de l'épouse, dans la solution de laquelle l'époux doit jouer un rôle essentiel. L'établissement du budget est fonction, non seulement des possibilités présentes des

(1) Binet, *op. cit.*, p. 307.

époux, mais aussi de nécessités extérieures, par exemple l'obligation d'employer une partie des ressources au développement de l'activité professionnelle du mari, quitte à devoir supporter quelques restrictions en attendant que cet investissement de capitaux ait porté ses fruits. En un mot, on ne peut méconnaître au mari le droit de fixer le budget nécessaire à l'épouse dans son activité ménagère.

D'autre part, la femme peut utiliser ces pouvoirs ménagers dans un but contraire à l'intérêt de la famille, soit par incapacité, soit par insouciance. Le mari, gardien de l'intérêt supérieur de la société conjugale doit alors intervenir pour retirer à la femme des pouvoirs qui, contrairement à ce qu'on peut normalement présumer, ne correspondent pas aux capacités et aux aptitudes de son épouse. Dans cette hypothèse, on pourrait certes songer à recourir à l'autorité judiciaire, mais, pour notre part — et nous aurons l'occasion d'en donner les raisons — nous pensons que l'autorité du chef de famille est plus qualifiée pour intervenir.

Si donc la femme doit se voir reconnaître des pouvoirs dans le domaine ménager, ceux-ci doivent demeurer soumis à l'autorité supérieure de la société conjugale. Qu'on ne prétende pas d'ailleurs que, ce faisant, on remette les pouvoirs de la femme à la discrétion du mari. En effet, l'autorité du chef de famille ne se fera sentir que pour déterminer les cadres dans lesquels l'épouse aura pleine indépendance pour faire face à son rôle de maîtresse de maison. Nous sommes partisans de reconnaître à l'épouse un domaine d'activité propre. Il s'agit seulement de le bien déterminer et de ne pas oublier que cette œuvre féminine vient s'intégrer dans une tâche unique.

De plus, il s'agit de savoir quel sera le sens de l'autorité reconnue au mari. La femme pourrait redouter une autorité discrétionnaire et absolue. Elle ne peut rien dire contre un chef qui a, pour seule mission, de veiller au bien commun des membres de la famille ; son indépendance ne sera pas entamée du moment qu'elle sera guidée par le même souci. Si elle vient à s'en écarter, l'autorité du chef de famille se fera alors sentir et cette intervention sera pleinement justifiée. La présence du chef de famille ne vient pas

contredire les droits reconnus à la femme, elle vient seulement les parfaire pour la bonne marche du foyer.

Pour réaliser cette construction, il est seulement nécessaire de limiter l'intervention de l'autorité du chef de famille aux circonstances qui sont suffisamment graves pour la rendre légitime et de déterminer l'autorité du chef de famille à l'aide de principes en accord avec les idées que nous venons d'exposer.

Nous voudrions donc essayer de dégager ces principes qui doivent dominer l'exercice par le mari de son autorité de chef afin que celle-ci ne vienne pas contredire les droits que nous avons estimé dans notre première partie devoir être reconnus par l'autorité sociale à l'épouse (1).

La première vérité à proclamer est que, tout comme la société civile, la famille a besoin d'une autorité propre. La constitution naturelle de la famille est une constitution hiérarchique ; une certaine unité de direction et de représentation est nécessaire pour la réalisation du bien commun des époux et des enfants. Si la famille n'était qu'une association passagère et précaire que chacun des époux pourrait rompre à sa guise, l'égalité absolue irait de soi. Mais il en est autrement si elle est une institution ayant des fins supérieures aux caprices des individus et faite pour durer autant que ses fins l'exigent. M. Georges Renard avait raison de proclamer : « Il n'y a de durable que ce qui est organisé ; il n'y a d'organisé que ce qui est différencié et hiérarchisé » (2).

Dans un ménage, quand une question se pose, de deux choses l'une : ou l'on s'entend, ou l'on ne s'entend pas. Si l'on s'entend — et cela sera d'autant plus facile que les deux époux sauront l'un et l'autre qu'ils doivent plier leurs fantaisies et leurs caprices, leurs volontés propres, aux exigences du bien commun dont ensemble ils doivent rechercher la réalisation — alors, il n'est pas nécessaire que les deux époux interviennent toujours et chacun remplira la mission qui correspond à son propre rôle. Si, au contraire, on ne s'entend pas, comme il faut que la famille demeure, et comme la

(1) Consulter : Morizot-Thibault, *De l'autorité maritale*, 1889 ; Turgeon, *Le féminisme français*, 2 vol., 2^e éd., 1907 ; Vialleton, *L'autorité maritale*, thèse Montpellier, 1919 ; Ch. Lefèvre, *La famille en France dans le droit et dans les mœurs*, 1920.

(2) *Le droit, l'ordre et la raison*, 1927, p. 343.

question qui se pose doit recevoir une solution, force est bien de reconnaître à l'un des époux une prépondérance dans le pouvoir de décider. Dire qu'à défaut du consentement des deux époux aucune décision ne peut être prise, c'est vouer la famille à l'impuissance et à l'inertie forcées. Dire que chacun peut décider à sa guise, c'est la conduire à l'anarchie et installer le désordre en permanence. Quant à faire intervenir pour départager les époux, Monsieur le Maire, Monsieur le Curé ou le Juge, c'est non seulement multiplier en fait, au lieu de les supprimer les causes de trouble dans le ménage, mais aussi proclamer en droit que la famille est par essence une société imparfaite, incomplète, incapable de trouver en elle-même, dans sa propre constitution, les conditions habituelles d'une vie normale. Il faut donc, pour assurer la vie du foyer, pour y maintenir l'unité des éléments dont il se compose y reconnaître une autorité qui puisse normalement s'exercer et même au besoin s'imposer.

La seconde vérité est que cette magistrature domestique revient de par la nature même des choses au mari. Cela est normal et de droit naturel. De par les données psychologiques et physiologiques, le mari est plus apte au commandement que la femme. Certes, en raison et en sagesse supérieure, celui qui doit se soumettre dans la famille, ce n'est ni l'homme à la femme, ni la femme à l'homme, mais celui qui comprend mieux à celui qui comprend moins bien, celui qui sait mieux à celui qui sait mal, celui qui se rend compte que l'autre est au-dessus de lui en quelque objet. Ce serait beau si ce n'était un rêve. Certains pour ne pas consacrer la supériorité traditionnelle du mari ont proposé de faire pencher la balance en faveur de celui des époux qui, par ses gains et ses revenus, fournirait le plus fort appoint aux ressources du ménage. Mais outre, que cette solution est marquée d'un positivisme brutal, ne tenant aucun compte des capacités intellectuelles, encore moins de la valeur morale des parties en présence, elle est contraire à la réalité des choses qui veut que le mari soit chef de famille.

La troisième vérité qui nous semble devoir être dégagée a trait au but et aux limites de cette autorité du mari, afin que soient reconnus et maintenus les droits propres de la personnalité féminine.

La famille est une institution qui, pour atteindre sa fin, le bien

commun de ses membres, exige une certaine unité de direction. Là est la seule justification de l'autorité familiale.

Il est de première importance d'insister sur cette fin de l'autorité du chef de famille parce que c'est précisément la déformation de ce but qui a amené certains à souhaiter tout simplement sa disparition. L'autorité n'est pas fondée sur quelque aristocratie naturelle du sexe, un droit de l'individu mari en tant qu'individu, une puissance illimitée et inconditionnée de commandement conférée à une volonté d'essence supérieure qui s'impose par elle-même. Une telle conception aboutirait à ce que l'autorité du mari soit exercée par celui-ci dans son intérêt personnel. Sans doute l'intérêt du père de famille se confond souvent avec celui de la famille, comme dans notre ancien régime, l'intérêt de la Nation se confondait avec celui du roi. Mais nous savons combien dangereuse a été la possibilité pour le roi de dire : « L'Etat, c'est moi ». Il ne serait pas moins grave que le père de famille puisse dire, comme le paterfamilias romain : « La famille, c'est moi ». L'autorité ne doit pas être exercée au profit de celui qui en est investi, mais au profit de tous les membres de la famille.

Fausse aussi, la conception de notre code civil pour qui l'autorité familiale avait pour fin la protection de ceux sur lesquels elle porte, où l'autorité du mari n'était pas autre chose qu'une institution de protection de la femme contre ses faiblesses et son inexpérience de la vie sociale, où l'autorité était exercée dans l'intérêt de ceux qui y étaient soumis. La femme n'a pas besoin d'être protégée ; célibataire ou veuve, elle sait très bien se tirer d'affaire toute seule. Si telle était la fin de l'autorité maritale, elle n'aurait qu'à disparaître.

L'autorité du chef de famille doit être une fonction entre associés et la fonction de veiller au bien commun, ce qui n'est pas seulement le bien de celui qui commande ou de ceux qui obéissent, mais le bien des uns et des autres. Le bien commun, raison d'être et limites de l'autorité familiale, ne doit pas être d'ailleurs l'avantage individuel de chacun des membres de la famille, mais leur avantage commun, c'est-à-dire leur bien en tant qu'ils sont membres du groupe familial. Cela ne signifie pas, certes, que l'autorité doive être exercée dans l'intérêt de la famille, considérée comme une entité supérieure aux individus car, l'individu demeure

le but, mais considéré comme membre de la famille et non comme un être isolé.

Ainsi l'autorité n'est plus un servage, ni une protection humiliante pour la femme, elle constitue simplement la règle nécessaire pour assurer l'unité morale du ménage et son bon ordre. Faut-il ajouter qu'alors elle sera douce parce qu'elle est tempérée par l'affection, qu'elle persuadera plus qu'elle ne commandera, qu'elle saura céder dans les petites choses pour n'intervenir que dans les grandes ? Surtout, l'autorité maritale n'implique pas comme corollaire la disparition de la personnalité de l'épouse, mais seulement une certaine subordination lorsque le bien commun de la famille est en cause. Ce n'est plus au mari que la femme se soumet, mais au bien de la famille : en le servant de cette manière elle sauvegarde sa personnalité ; en se subordonnant, elle se développe et elle s'accomplit. A plus forte raison une telle autorité n'entraîne-t-elle pas l'absorption par le mari de tous les pouvoirs, la concentration entre ses mains de tous les droits d'ordre familial. Fait pour achever et épanouir la personnalité de la femme, le mariage ne saurait être pour elle le principe d'un anéantissement ou d'un amoindrissement.

A la lumière de ces réflexions, l'économie des pouvoirs ménagers de l'épouse dans le cadre de l'autorité du chef apparaît clairement. La femme se verra reconnaître les pouvoirs que nous avons exposés dans notre première partie parce qu'ils découlent de sa personnalité et de sa mission propre et, dans le cadre de cette activité, elle jouira d'une complète liberté ; le mari aura seulement, en qualité de chef de famille, un droit de regard afin de faire en sorte que cette activité soit conforme au bien commun de celle-ci. Si le mari outrepassé ces limites, l'épouse doit pouvoir refuser alors de se soumettre à sa volonté et elle doit avoir les moyens de recourir à la justice.

Avant de dégager les cas dans lesquels l'autorité du chef de famille pourra avoir à s'exercer dans le domaine des pouvoirs ménagers, il nous paraît utile de rechercher si l'organisation de l'autorité maritale dans notre droit français est en accord avec ces principes qui, pour nous, sont essentiels. Sans compter que cela nous amènera à porter notre attention sur une matière qui a été profondément transformée à une époque récente et qui présente

encore bien des aspects nouveaux, cet examen pourra nous faire connaître des solutions dont l'esprit pourra être appliqué dans le domaine des pouvoirs ménagers de l'épouse.

Nous aurons donc à étudier en deux chapitres : le chef de famille et sa place dans l'organisation de la famille en droit français, l'autorité du chef de famille et les pouvoirs ménagers de l'épouse.

Respecter les droits propres de la femme, maintenir les droits du mari, chef de famille, chargé de veiller au bien commun, faire marcher de pair ces deux exigences, tel est le but que nous essayerons d'atteindre et notre espoir est de dégager les solutions juridiques qui pourraient aider à la solution harmonieuse de ce délicat problème. Le progrès du droit consistera précisément, en établissant sur son véritable fondement la hiérarchie du foyer, à assurer davantage à la femme la place qui doit être la sienne.

CHAPITRE PREMIER

LE CHEF DE FAMILLE EN DROIT FRANÇAIS

Si l'on examine les textes que le Code civil a consacrés au statut de la femme mariée relativement à sa capacité et au fondement de l'autorité maritale, on doit constater que ces notions, qui nous paraissent fondamentales, de famille « institution », d'autorité « fonction au service du bien commun », étaient absentes de la pensée du législateur de 1804.

La condition juridique de l'épouse était définie par quelques textes bien connus des féministes et remarquables par leur netteté, leur vigueur, parfois leur rudesse. L'article 213 résumait le sens de l'autorité maritale d'une manière synthétique et tout à fait suggestive : « *Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari* ».

« *Le mari doit protection à sa femme* », c'est l'autorité maritale exercée en vue de protéger ceux qui obéissent en raison de leur sexe faible et inexpérimenté : sur le vieux tronc de la puissance maritale s'était greffée l'idée de protection. Ce que le Code de 1804 a consacré sous le nom de puissance maritale, est un mélange hybride de traditions germaniques et d'idées romaines parmi lesquelles le Christianisme n'avait pas encore achevé d'exercer au profit de la femme son influence libératrice. Pourquoi faire de la femme un être naturellement incapable ayant besoin d'une tutelle continue, d'une protection de tous les instants, comme si sa personnalité était d'ordre inférieur ou comme si le mariage l'avait subitement dépouillée de toute intelligence et de toute expérience ; pourquoi, dès lors, pour donner à la logique toute sa place, ne pas mettre en tutelle les femmes célibataires ou veuves ?

Notre Code comportait aussi trop de traces de la conception

romaine de la potestas, de ce pouvoir par lui-même despotique et absolu dont le titulaire n'a de compte à rendre à personne et que celui-ci exerce dans son propre intérêt, comme une sorte de propriété, vestige de l'époque lointaine où la femme, achetée par son mari, passait, à vrai dire, non pas sous son autorité, mais dans son patrimoine, comme le bétail ou les esclaves. « La nature a fait de nos femmes nos esclaves », avait déclaré Bonaparte au Conseil d'Etat. Comme il y avait loin de cette situation à celle d'associés, de compagnons qui doit caractériser les rapports des épouses avec leurs maris.

Les conséquences d'un tel point de départ sont bien connues, objet de tant de critiques légitimement confondues. Au mari, l'article 214 attribuait discrétionnairement le choix de la résidence commune. La femme devait suivre son époux partout où il plaisait à ce dernier de s'établir et le mari pouvait l'y contraindre au besoin par la force publique, si ce moyen lui paraissait d'une heureuse efficacité.

Le mari imposait à la femme son nom et sa nationalité et il choisissait librement son genre de vie et son métier alors que la femme ne pouvait se livrer à l'exercice d'une profession quelie qu'elle soit qu'avec son consentement.

L'époux avait le droit de surveiller, de contrôler, de réglementer les relations, les visites, la correspondance et toutes les occupations de sa femme. « Le mari, disait Bonaparte au Conseil d'Etat, lors de la préparation du Code Civil, a le droit de dire à sa femme : « Madame, vous ne sortirez pas. Madame, vous n'irez pas à la Comédie. Madame, vous ne verrez pas telle personne, c'est-à-dire, Madame, vous m'appartenez corps et âme » (1).

A cette autorité maritale, correspondait l'incapacité complète de la femme mariée, règle vieillie en désaccord avec nos mœurs et notre état social. Nous n'avons pas à insister sur les critiques qui s'élevèrent contre une telle condition et la seule chose surprenante fut qu'elle put se maintenir jusque 1938, alors que toutes les législa-

(1) Voir pour plus de détails : A. Rouast, *La famille*, t. II, du *Traité de droit civil français* publié sous la direction de MM. Planiol et Ripert, p. 296 sq. Au point de vue historique, il est toujours bon de se reporter à l'ouvrage capital de Paul Gide, *Étude sur la condition de la femme dans le droit privé et moderne*, 2^e éd., 1885.

tions étrangères avaient montré le chemin à suivre dans la voie de l'émancipation féminine, depuis déjà fort longtemps.

On ne peut s'étonner, en tous cas, qu'en face d'une telle conception de l'autorité maritale, il ne pouvait être question d'essayer de concilier, même dans le domaine restreint de l'activité domestique, quelque pouvoir de l'épouse que ce fût et la toute puissance du mari.

La réforme depuis si longtemps souhaitée et espérée fut réalisée par la loi du 18 février 1938, qui supprimant le devoir de protection du mari et celui d'obéissance de la femme, proclama la pleine et entière capacité de la femme mariée. Nous savons comment une loi du 22 septembre 1942 devait venir préciser certains points de détail, relativement aux rapports personnels des époux — les seuls qui nous intéressent pour le moment — et effectuer une réforme profonde de leurs rapports pécuniaires.

Si la loi de 1938 a ainsi supprimé l'autorité maritale, telle que l'avait conçue les rédacteurs du Code, ce n'est pas à dire cependant qu'elle admit la complète égalité et l'absolue indépendance des époux. Elle reconnut que la présence d'un chef « *le chef de famille* » était nécessaire et elle se préoccupa d'organiser la famille, comme une institution hiérarchique, ce qui est bien préférable au désir de définir des devoirs moraux entre individus, comme le Code l'avait fait.

Nous aurons, dans une première section, à rechercher la place du chef de famille dans le ménage, le but de son institution, le fondement et les limites de son autorité, ce qui nous permettra de juger si la législation actuelle répond aux principes que nous avons plus haut dégagés. Ayant ainsi déterminé sa place dans le ménage, nous porterons notre attention sur les attributions du chef de famille, telles qu'elles sont organisées par la loi de 1942, à savoir le droit de fixer la résidence du ménage et le droit de veto à l'exercice d'une profession séparée par l'épouse (1).

(1) Nous n'entendons pas étudier à fond ces questions, nous voudrions seulement en dégager certains aspects particulièrement suggestifs qui nous guideront lorsqu'il s'agira d'appliquer, par comparaison, les droits du chef de famille aux pouvoirs propres de la femme et de rechercher les conditions dans lesquelles pourront être satisfaites, à la fois, les exigences découlant du respect des droits de la femme et de l'autorité du chef de famille.

SECTION I

La notion de Chef de famille

Il est certain qu'en supprimant du texte de l'article 213, l'expression : « *le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari* », le législateur a voulu faire disparaître la puissance maritale, telle que le code la concevait jusqu'ici. En conséquence, l'épouse a désormais le libre gouvernement de sa personne. Tout comme le mari, elle est libre de ses actes personnels comme du choix de ses relations, et il faut reconnaître d'ailleurs que, cette réforme ayant trop longtemps tardé à intervenir, les mœurs avaient déjà bien tempéré la loi, les femmes mariées jouissant, dans la société française d'une grande liberté.

On ne peut, en tous cas, que se féliciter d'une telle suppression ; la protection n'étant nécessaire que si nous vivions encore dans les forêts de Germanie, entourés de bêtes fauves et de brigands ; comment admettre une obéissance parfois synonyme d'esclavage, plus celle d'une servante que celle d'une compagne ou d'une associée.

Mais le législateur n'a pas pour cela, et à juste raison croyons-nous, proclamé l'égalité complète et absolue des époux. Il a fait expressément apparaître dans la vie du ménage le chef de famille, fonction normalement dévolue au mari. Sous forme d'une incidente, l'article 213 (rédaction de 1938) vient proclamer que : « *Le mari, chef de famille, a le choix de la résidence du ménage* ».

Cette formule ne se trouvait pas dans le projet René Renoult (1), qui est à l'origine de la loi de 1938. Mais, dès 1933, la Société d'Études législatives s'était prononcée pour l'introduction de ce membre de phrase dans le nouvel article 213. Il s'agissait, pour ses membres, de donner seulement au mari un pouvoir de décision au cas de désaccord (2). Législativement, l'introduction de cette incidente fut le résultat d'un amendement de M. Pernot, adopté lors de la première

(1) Voir rapport de M. Rouast. *Bulletin de la Société d'études législatives* ; 1934, p. 81 et s.

(2) *J. O., D. P. Sénat*, 1936, p. 1563 et s.

délibération dans une rédaction légèrement différente (1). Dans l'exposé qui précède la seconde délibération (2), M. René Renoult, indiquant que la réforme devait être maintenue à égale distance du principe absolu de l'omnipotence maritale et de celui de l'égalité absolue des époux dans le ménage, s'exprimait de la façon suivante : « Dans ces législations (celles qui ont reconnu la capacité civile de la femme mariée), on a, depuis longtemps déjà, préféré à la subordination complète de la femme au mari qu'édicte le code Napoléon un régime de collaboration des époux, égaux en droit, avec, la plupart du temps, une certaine prépondérance du mari dans l'intérêt de la famille. C'est dans ce sens aussi, Messieurs, que le projet dont je vais avoir l'honneur de vous entretenir, se prononce. » Il n'y a donc pas de doute sur le principe : le législateur a voulu conserver, en certains cas, la prépondérance du mari, et, pour atteindre ce but, il a placé en tête de l'article 213 du Code Civil, la formule due à l'amendement Pernot.

Certains ont paru douter qu'un véritable changement ait, dès lors, été apporté et ils en vinrent à se demander si le pouvoir d'obéissance n'avait pas été rétabli. Une telle crainte nous paraît mal fondée : on a, certes, voulu affirmer dans la loi que l'on tenait à la cohésion familiale et qu'il fallait une autorité pouvant prendre une décision, lorsqu'une divergence apparaissait entre les époux, au moins dans certaines hypothèses importantes pour la vie du ménage ; mais, on n'en a pas moins voulu aussi effacer la puissance maritale, générale et absolue, exercée tout à la fois dans l'intérêt de celle qui y est soumise et selon le bon plaisir du détenteur. En un mot, on a cherché à établir une institution hiérarchisée dans laquelle l'autorité ne pourrait s'exercer que pour le bien commun des membres que la famille réunit. C'est cette affirmation qu'il faut maintenant justifier.

Le législateur de 1938, afin de bien marquer sa volonté de ne

(1) Mais si les mots n'étaient pas écrits dans le projet de loi, l'idée dont ils sont l'expression avait été connue et acceptée par le législateur qui s'exprimait ainsi dans l'exposé des motifs : « Le projet ne crée pas l'égalité complète des époux dans le ménage ; la femme ne doit plus, en principe, obéissance à son mari, mais il est certains cas néanmoins où sous peine d'une destruction de la famille, l'on ne pouvait concevoir que la décision appartint à la fois à chacun des époux. Pour ce cas, la prépondérance du mari a été conservée ». Et M. René Renoult, dans son rapport du 24 juin 1933, J.O., D.P. Sénat 1933, annexe n° 404, dira encore : « Le projet établit en principe l'égalité des époux, mais il laisse subsister, sur bien des points, la prédominance du mari ».

(2) J.O., D.P. Sénat 1937, p. 346.

pas faire revivre l'ancienne puissance maritale, avait pris soin, modifiant un peu en cela l'amendement Pernot, qui déclarait que le mari est le chef de famille, de placer l'expression entre deux virgules, sous forme d'incidente ; elle constituait ainsi un simple qualificatif du mot mari et non une caractéristique essentielle, d'où il serait possible de déduire un pouvoir de direction. Le législateur a bien marqué ainsi que ces mots « *chef de famille* » ne conféraient au mari aucun pouvoir général, mais étaient seulement la justification des prérogatives précises que les textes nouveaux lui conservaient (1). Le rapporteur au Sénat indique nettement cette volonté en ces termes : « Un certain remaniement a été accepté par l'unanimité de la commission, afin de bien montrer que nous n'entendons pas qu'on puisse déduire de la formule, « *le mari, chef de famille* », des droits positifs. Nous voulons seulement y inclure une notion de direction et d'ordre dans la famille. Nous avons fait du membre de phrase, « *Le mari, chef de famille* », une simple incidente (2). »

Si telle était la pensée des rédacteurs de la loi, il peut sembler impossible cependant de ne voir dans cette phrase que la justification des prérogatives du mari écrites ailleurs. Comment admettre, en effet, que le mari pourrait assurer la direction dans le ménage et l'ordre au foyer, en ayant un rôle de chef limité au choix de la résidence et au contrôle de l'activité professionnelle de son épouse ? Nécessairement le mari devait se voir reconnaître le pouvoir de décision dans les nombreux cas où l'intérêt de la famille est en jeu, la loi n'en prévoyant que les principaux, puisqu'il était impossible d'en dresser une liste complète. Il ne s'agit pas de reconnaître au mari aucun droit positif nouveau, bien défini dans son objet comme dans ses modalités, il s'agit simplement de lui concéder un pouvoir de décision dans les affaires du ménage. Certes cette prédominance du mari entraînera, lorsqu'elle aura à jouer, l'obéissance de la femme, mais le domaine et les limites en sont précisés : le pouvoir de direction ne pourra s'exercer que lorsque les intérêts de la famille seront en jeu : le mari sera désormais chef de la famille et non plus chef de la femme. Ce n'est plus à un maître que la femme devra obéir,

(1) M. Julliot de la Morandière, Chr. D. H., 24 mars 1938, p. 25.

(2) J.O., D.P., Sénat, 1937, p. 348.

mais à un chef investi d'une fonction déterminée : veiller aux intérêts de la famille.

N'hésitons pas à dire qu'ainsi entendu, s'agissant d'une obéissance de compagne, d'associée et non plus de servante, obéissance n'est plus synonyme d'esclavage comme autorité n'est pas forcément synonyme de despotisme. Obéir n'est plus alors une humiliation, obéir et commander deviennent deux devoirs, deux fonctions complémentaires ; obéir et commander, c'est également servir, servir le bien commun.

Mais il n'en demeure pas moins que, si le législateur de 1938 a senti la nécessité d'un chef, il n'a pas saisi clairement le fondement et les limites de son autorité. La loi de 1942 va marquer, à ce point de vue, un progrès immense.

Si les rédacteurs de cette loi n'ont pas hésité à faire de l'expression « *Le mari est chef de la famille* », une expression principale, c'est qu'ils ont compris que cette autorité nécessaire ne devait s'exercer que dans l'intérêt commun des membres de la famille et ils l'ont expressément proclamé : « *le mari est le chef de la famille. Il exerce cette autorité dans l'intérêt commun du ménage et de la famille.* »

Il nous semble qu'une pareille formule satisfait pleinement les exigences des principes que nous avons exposés plus haut. La société conjugale et la famille sont établies sur leur base hiérarchique naturelle ; l'autorité du mari est fondée, justifiée, limitée. On peut alors parler d'obéissance bien qu'elle devienne alors toute naturelle. Toutes les décisions du mari doivent avoir uniquement pour but l'intérêt commun, le bien commun et il ne peut user de son pouvoir de chef du moment qu'il ne remplit pas ces conditions. Dans l'exercice de son autorité, il doit d'ailleurs avoir largement recours à l'aide de sa compagne qui concourt avec lui « *à assurer la direction morale et matérielle de la famille, à pourvoir à son entretien, à élever les enfants et à préparer leur établissement* ». Il doit toujours la consulter et ce n'est qu'en cas de dissentiment sur un point touchant à l'intérêt commun qu'il pourra prendre une décision. Jamais le droit de contrôle de l'épouse et même sa participation à toutes les décisions importantes n'avaient été plus nettement affirmées, et ces précisions interviennent en un moment où le pouvoir de chef de famille devient une fonction, une charge et non plus un pouvoir arbitraire. Si la fonction naturelle du mari est détournée par lui du

but que le législateur a indiqué, la femme devra chercher à dissuader son mari de l'acte qu'il veut passer et, le cas échéant, notifier son opposition en indiquant les motifs sur lesquels elle est fondée. A l'ancienne subordination de la femme à l'omnipotence du mari, il est substitué une collaboration entre époux pour la gestion des intérêts communs.

Heureuse réforme que celle qui proclame le mari, chef de famille, dans l'intérêt commun du ménage et des enfants. Le Code suisse de 1907, en instituant dans l'article 160 le mari, chef de l'union conjugale, comme le code italien, en le déclarant chef de famille, avaient montré aux juristes français la voie à suivre. Pendant trop longtemps, la loi fiscale avait seule connu le chef de famille et uniquement pour accabler ses épaules de contribuable. Il était temps de formuler conformément aux exigences de la raison les règles d'organisation de la famille.

SECTION 2

De l'exercice par le mari de sa fonction de Chef de famille

Ayant ainsi posé le principe général de l'autorité reconnue au mari en vertu de sa fonction de chef de famille, il nous faut examiner comment, en fait, le mari exercera cette autorité et comment celle-ci se trouvera encadrée dans de justes limites.

La qualité reconnue au mari n'est pas conçue comme un droit subjectif lui appartenant sur sa femme et sur ses enfants, mais comme une fonction sociale qui ne lui est conférée que dans l'intérêt du ménage. Ceci va permettre de faire jouer largement la théorie de l'abus du droit en la plaçant d'ailleurs, en un certain sens, sur le terrain objectif du détournement de fonctions.

Nous porterons notre attention sur les deux hypothèses réglementées par la loi du 22 septembre 1942, où le mari peut faire usage de sa fonction de chef de famille, sur les deux prérogatives essentielles qui lui étaient déjà reconnues par la loi de 1938 et qui n'ont subi que de légères retouches. Nous dégagerons les formes et les limites de l'intervention du mari, car les solutions précises du Code en ces matières nous seront d'une précieuse utilité lorsqu'il s'agira

de savoir dans quelle mesure le mari peut faire sentir son autorité dans le domaine des pouvoirs ménagers de l'épouse.

§ 1. — *Le choix par le mari de la résidence de la famille*

Cette prérogative était dans le code de 1804, attribuée au mari d'une manière théoriquement illimitée, puisque l'ancien article 214 décidait que « *La femme est obligée d'habiter avec son mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider* ».

Ainsi la famille était soumise au bon plaisir et à l'arbitraire du mari, situation particulièrement grave et contre laquelle la Jurisprudence s'employa à trouver des palliatifs. A partir des termes mêmes de l'article 214, elle admit que le mari n'avait pas le droit d'exiger que sa femme le suivît, qu'il n'était pas en mesure de justifier d'une résidence, ce mot signifiant un lieu d'habitation suffisamment fixe et stable, limitation bien faible et bien insuffisante aux pouvoirs du mari.

Aussi les tribunaux en vinrent-ils à considérer que le devoir de la femme de suivre son mari trouvait une limite dans le devoir de protection que l'ancien article 213 mettait à la charge du mari. La Jurisprudence faisait ici application de la règle générale de l'exception non adimpleti contractus prévue en d'autres domaines. Les obligations du mariage forment un tout et dépendent étroitement les unes des autres. Il a été jugé en conséquence que la femme pouvait refuser d'habiter avec son mari si la résidence choisie par ce dernier ne correspondait pas à la situation sociale du ménage. Il s'agissait, en l'espèce, d'un commis-voyageur en perpétuels déplacements et le Juge de Paix de Paris a estimé que cette vie errante devait être considérée comme contraire au devoir de protection à laquelle la femme avait droit de la part de son mari (1).

(1) *Trib. Paix, Paris, 24 avril 1929* rapporté dans le cours polycopié de M. Julliot de la Morandière, 1930, 1931, p. 549.

La Jurisprudence décidait de même lorsque la dignité et la sécurité de l'épouse n'étaient pas assurées au domicile conjugal ou que sa santé exigeait un déplacement. Le cas de mauvais traitements était particulièrement discuté et Demolombe n'admettait pas que ceux-ci puissent entraîner l'autorisation pour la femme de vivre séparément parce que « ce sont des faits passés qui ne peuvent la dispenser quant à présent de son devoir de cohabitation. Celui-ci ne dépend que des faits actuels ». A quoi on pouvait répondre que si la séparation doit être due à une cause actuelle avec laquelle elle s'éteindra sous peine,

Mais ces limitations étaient extrêmement rares et incertaines : elles ne pouvaient s'appliquer qu'à des cas où la situation faite à la femme était vraiment par trop lamentable.

Si la loi de 1938 a continué à préciser que le choix de la résidence du ménage était une prérogative du mari, désormais du chef de famille (1), elle a obligé indirectement le mari à ne l'exercer que dans l'intérêt commun des membres de la famille. L'article 213, al. 2 (rédaction de la loi du 18 février 1938) a, en effet, ouvert à la femme un droit de recours devant le tribunal statuant en chambre du conseil contre une fixation abusive de la résidence par le mari. La formule employée était, il faut le regretter, assez vague, mais on s'accordait pour admettre qu'il y avait abus du droit si le mari fixait la résidence du ménage dans le but de nuire à sa femme, par exemple pour l'empêcher d'exercer sa profession ou pour la contraindre, par jalousie ou par vengeance, à une vie désagréable (2). Mais il y avait également abus, admettait-on généralement si le mari compromettait les intérêts de la femme et des enfants par un changement de résidence qui ne pouvait s'expliquer par aucun motif sérieux. Le Tribunal se voyait confier une mission de surveillance sur la décision du mari. C'est, dans cet esprit, que le tribunal de Bordeaux devait examiner le recours d'une femme contre la fixation, prétendue abusive, de la résidence aux colonies, et ce en raison de la mauvaise santé de la femme : le tribunal (3) déclarait abusive la fixation de la résidence dans un climat malsain. Un jugement du Tribunal civil de la Seine du 12 janvier 1939 (4) décidait qu'il en était de même lorsque, dans le lieu choisi, l'épouse n'avait pas une situation morale compatible avec sa qualité de femme légitime.

d'illégalité, les mauvais traitements ont pu déterminer une crainte actuelle qui se comprend, pendant un certain temps tout au moins, et qui légitimera le refus de la femme d'habiter avec son mari.

Req., 20 novembre 1860, S.1861.1.965 : le refus fondé sur l'habitation commune avec les parents et sur le fait que les contraintes qui s'en suivent, rendent la vie commune insupportable, est justifié. Cf. Douai, 26 mars 1901, D.P. 1902.2.188.

(1) L'article 213 rattachait nettement le droit pour le mari de choisir la résidence familiale à sa qualité de chef de famille, puisque c'était même, nous le savons, à propos de cette prérogative qu'était formulée l'affirmation incidente : « le mari, chef de famille ».

(2) Ripert et Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil* de Planiol, t. I, 1942, n° 1799; Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, *op. cit.*, 10^e éd., t. I, n° 778, Cf. Trib. Seine, 10 juillet 1941, *Gaz. Pal.*, 24 septembre 1941.

(3) Bordeaux, 10 avril 1940, *Gaz. Pal.*, 1940.1.457.

(4) Jugement non rapporté, mais cité par Ancel, *Les droits et les devoirs des époux selon la loi du 22 septembre 1942*, 1943, p. 14.

La loi de 1938 ne tranchait pas la question de savoir quelles mesures pouvait prendre le tribunal saisi. Mais la Jurisprudence s'était fixée en ce sens que le juge ne pouvait que suspendre l'obligation de cohabitation et autoriser la femme à avoir une résidence séparée, sans pouvoir imposer au mari une résidence autre que celle qu'il avait choisie.

La loi du 22 septembre 1942, dans son article 215, maintient au chef de famille la prérogative de choisir la résidence du ménage. La possibilité du recours de la femme devant le tribunal est confirmée et précisée quant aux causes qui le justifient et quant aux conséquences de son admissibilité.

Le deuxième alinéa de l'article 215 permet à la femme de recourir à la justice « *lorsque la résidence fixée par le mari présente pour la famille des dangers d'ordre physique ou d'ordre moral* ». Le texte paraît restreindre la prérogative accordée à la femme et le législateur a voulu indiquer aux magistrats qu'ils ne devraient admettre le recours qu'avec prudence, « *par exception* », et ne pas arriver à constituer ce que M. Ripert appela un jour « une séparation de corps au petit pied » (1). Nous estimons pour notre part que cette formule veut surtout bien marquer que la fonction du chef de famille doit être exercée dans l'intérêt commun des membres de la famille. Il est bon de noter aussi qu'à l'expression « fixation abusive » de la résidence du ménage par le mari qui pouvait être comprise subjectivement comme impliquant de la part du mari l'intention de nuire à sa femme, le législateur a préféré une formule, un peu floue d'ailleurs, qui permette aux juges d'admettre désormais le recours de l'épouse lorsque, objectivement, la décision du mari lui paraîtra dangereuse pour la famille, alors même que celui-ci aurait été animé des meilleures intentions.

La loi nouvelle confirme la Jurisprudence antérieure en décidant que le juge pourra alors autoriser la femme à avoir une résidence séparée, le mari étant libre, sans manquer à ses devoirs, d'aller habiter où il lui plaira ; la femme étant seulement autorisée à ne pas le suivre. Mais la nouvelle résidence devra être fixée par le juge, la femme n'en ayant pas le libre choix (2). Mentionnons

(1) *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1935, p. 45.

(2) Cette solution n'est d'ailleurs pas sans présenter quelque contradiction avec celle admise depuis 1938, en cas d'instance en divorce par l'article 236.

enfin la possibilité pour la femme d'être autorisée à emmener ses enfants (1). Si le recours de l'épouse ne réussit pas, le mari pourra exiger le retour de la femme au foyer, mais il nous semble difficile de l'autoriser aujourd'hui à recourir pour cela à la force armée.

La procédure du recours ouvert à la femme est prévue désormais par le titre VII du livre I de la deuxième partie du Code de Procédure, articles 881 et suivants, titre consacré d'une manière générale à l'intervention de la justice dans les rapports personnels des époux. C'est dire qu'il s'agira d'un jugement, rendu sur requête au Président du Tribunal, par la Chambre du Conseil, le Ministère public entendu.

Nous avons ainsi l'exemple d'une prérogative reconnue au mari, conséquence de sa qualité de chef de famille, limitée par le fondement même de la fonction qu'il remplit, la femme pouvant recourir devant la justice, non pas pour annuler, mais pour échapper et, le cas échéant, soustraire ses enfants à l'application d'une décision contraire au bien commun de la famille.

Plus intéressante encore, peut-être, par les rapprochements qu'elle nous permettra de faire avec les pouvoirs ménagers de la femme mariée, est l'étude de la seconde prérogative, reconnue au chef de famille par la loi, le droit de s'opposer à l'exercice par la femme d'une profession séparée. Tout comme dans le domaine des pouvoirs ménagers, en effet, il s'agit ici d'une décision que la femme peut prendre seule. Mais le mari, comme chef de famille, doit pouvoir exercer un contrôle et, le cas échéant, s'opposer à la décision de l'épouse d'exercer une profession. La même conciliation entre les droits de la femme et l'autorité du chef de famille se trouve donc rendue nécessaire. La solution expresse donnée par le Code nous permettra peut-être de nous orienter vers celle à fournir dans le domaine des pouvoirs ménagers où le Code n'a rien prévu (ce sera une nouvelle occasion de constater que l'article 220 n'est pas au point).

Dans cette tentative de conciliation réside pour nous le premier intérêt de l'étude qui va suivre. Il en est un second, dont l'importance peut être grande : par cet examen, nous pourrions essayer de

(1) La question de savoir si la femme aura alors la garde des enfants et le choix de leur instruction demeure douteuse faute de précision dans le texte et ce sera le rôle des juges de combler cette lacune. Cf. M. Julliot de la Morandière, *Semaine Juridique*, 31 janvier 1943, n° 17.

dégager le fondement de l'intervention de la femme dans les affaires du ménage. Parvenir à ce résultat serait capital en ce qui concerne le problème de savoir si la femme peut se voir reconnaître un pouvoir propre.

§ 2. — *Le droit de veto du chef de famille à l'exercice par la femme d'une profession séparée*

Sous l'empire du Code Civil, l'autorisation maritale était indispensable pour permettre à la femme d'exercer une profession séparée. Cela résultait expressément de l'article 4 du Code de Commerce pour la femme marchande publique et la plupart des auteurs en avaient déduit la nécessité du consentement du mari pour que la femme puisse exercer une profession quelconque même non commerciale, quand bien même celle-ci ne pourrait pas, comme le commerce, entraîner des conséquences pécuniaires préjudiciables aux intérêts de la famille. C'est qu'en effet l'exercice par la femme d'une profession séparée peut soulever des objections d'ordre moral que le mari devait être à même d'apprécier.

Cette nécessité de l'autorisation maritale avait été grandement tempérée par l'admission de l'autorisation tacite et générale considérée comme suffisante : la femme devait, en définitive, agir seulement au vu et au su de son mari.

La Jurisprudence avait d'autre part facilement admis que le refus du mari d'autoriser sa femme à exercer une profession séparée pouvait être suppléé par une autorisation de justice, les tribunaux se faisant juge des raisons qui pouvaient guider le mari dans son refus. Par contre, les tribunaux et la doctrine étaient divisés sur le point de savoir s'il en était de même en ce qui concerne l'exercice d'un commerce. Ils avaient cependant tendance à pencher pour l'affirmative (1). La Cour de Paris a ainsi autorisé la femme à continuer l'exploitation d'un commerce malgré l'opposition du mari jugée inopportune et contraire à l'intérêt bien compris de la femme.

La loi du 18 février 1938 allait renverser les dispositions du

(1) Escarra, *Principe de droit commercial*, t. I, 1934, n° 317. Paris, 24 octobre 1844, S. 1844.2.582 ; Grenoble, 27 janvier 1863, S. 1863.2.78 ; Paris, 3 janvier 1868, S. 1868.2.65 ; Cass. Req., 17 janvier 1881, S. 1881.1.405 ; Paris, 4 mai 1903, D. 1903.2.144 ; Trib. Seine, 30 avril 1930, *Rev. de Droit Internat. Privé*, 1930, p. 461.

droit antérieur : au lieu de soumettre l'exercice d'une profession séparée par la femme (1) à l'autorisation du mari, cette loi allait en faire une libre prérogative de l'épouse, soumise seulement au veto du chef de famille.

Mais la loi de 1938 allait laisser subsister le régime de l'autorisation préalable nécessaire pour l'exercice par la femme mariée d'un commerce ; c'est du moins ce qui résultait nettement des travaux préparatoires de la loi et du maintien des articles 4 et 5 du Code de commerce dans leur rédaction de 1807.

Cette différence de traitement peut, d'ailleurs, se comprendre parce qu'il est certain qu'à l'occasion des professions commerciales, il peut se produire pour le mari des circonstances fâcheuses, mise en faillite ou en liquidation judiciaire de la femme commerçante, qui ne pourraient survenir à l'occasion des autres professions (2). Mais la raison essentielle du maintien de l'article 4 du code de Commerce paraît bien résider dans le fait que, le régime de communauté ayant été conservé, il fallait permettre à la femme, puisque le régime matrimonial ne lui laissait la jouissance d'aucun bien, de continuer à engager par le jeu de l'autorisation maritale les biens de la communauté et du mari (3). L'article 4 du code de commerce, qui n'était pas bien gênant puisque le consentement du mari était exempt de formes et pouvait même être tacite, augmentait le crédit de la femme. La fonction du consentement du mari était donc double : rendre la femme capable de faire le commerce, mais aussi, sous le régime de communauté au moins, lui donner le pouvoir d'engager la communauté et les biens du mari.

Par contre certains commentateurs et, en particulier M. Bonnecase, ont soutenu l'abrogation de l'article 4 (4) du code de commerce. Les raisons indiquées plus haut nous empêchent de les suivre. Mais, puisque la femme n'avait plus besoin d'être relevée de son incapacité, il aurait été logique que le législateur, sans supprimer ce texte, en modifiât la rédaction pour indiquer que l'autorisa-

(1) Nous ne parlons pour l'instant que de l'exercice d'une profession séparée et non d'un commerce.

(2) En ce sens M. de Courtois, Président de la Commission de législation du Sénat, J.O., D.P., Sénat 1937, p. 355 et s.

(3) En ce sens M. Julliot de la Morandière, Chr. D., 1943, p. 26.

(4) M. Bonnecase, *Une ère nouvelle dans la structure de la vie de famille*, dans la Rev. gén. de Lég. et de Jurisprudence, 1938, 1^{er} trimestre, p. 16. Voir également *Mariage et régimes matrimoniaux*, Paris, 1938, n° 47, p. 115 et s.

tion du mari n'était plus exigée que dans le but d'engager sa responsabilité. Il nous paraît que l'on aurait mieux satisfait ainsi au principe de la capacité de la femme mariée et au besoin de crédit de la femme commune en biens. Mais le législateur n'en a pas jugé ainsi et force était de voir dans l'article 4 antérieur à 1942 du code de commerce un cas d'incapacité stricto sensu et dans le consentement du mari une formalité habilitante.

La loi du 22 septembre 1942 va apporter dans ce domaine une réforme capitale.

D'une part, elle va étendre aux professions commerciales le régime que la loi de 1938 avait appliqué aux autres professions. L'article 4 du code de commerce, nouvelle rédaction, affirme que « la femme peut être marchande publique à moins que le mari ne s'y oppose ». Désormais donc l'article 223 du code civil et l'article 4 du code de commerce précisent que l'épouse peut exercer une profession séparée librement, qu'elle soit commerciale ou non (1), à moins que le mari ne s'y oppose, alors que plus logiquement, peut-être, dans un système qui proclame la capacité de l'épouse et qui supprime la puissance maritale à base d'obéissance, la loi aurait dû se contenter d'organiser le droit de veto du mari. Certains auteurs ont estimé que la réforme ainsi réalisée était de peu d'importance puisqu'avec la présomption d'autorisation tacite, on arrivait antérieurement au même résultat. Ce raisonnement nous paraît d'ailleurs juste du point de vue pratique, mais, théoriquement et par ses conséquences, cette réforme nous paraît capitale.

C'est que la loi du 22 septembre 1942 vient, d'autre part, décider que la femme exerçant une profession séparée (tout comme la

(1) L'autorisation du mari est, en pratique, encore souvent utile à la femme pour lui permettre d'exercer une profession commerciale. En modifiant la loi du 18 mars 1919 sur le registre du commerce (art. 4, 6^e) le législateur précise, en effet, que la femme, qui requiert son inscription sur ce registre, devra remettre au greffier du tribunal de commerce « une déclaration du mari portant qu'il ne s'oppose pas à l'exercice du commerce par la femme ». On ne voit pas en quoi pratiquement cette déclaration diffère de l'autorisation expresse exigée par le texte de 1919. Sans doute ne s'agit-il que de l'inscription au registre du commerce qui ne confère pas la qualité de commerçant ; mais à une époque où les professions commerciales sont strictement réglementées et contrôlées, l'inscription au registre du commerce en permet seule souvent l'exercice effectif. Aussi bien la pratique enseigne que c'est à propos de cette inscription que se pose en fait la question de l'autorisation maritale, et que c'est pour satisfaire à la demande du greffier que, la plupart du temps, les femmes qui n'ont pu obtenir le consentement du mari viennent solliciter l'autorisation du tribunal. En fait, rien ne sera changé à l'état de choses antérieures et M. Voirin, chr. de législ. dans la Rev. Trim. de dr. civ. 1943, p. 76, peut se demander « si la réforme n'est pas purement verbale et spectaculaire ». Il est certain que l'on doit regretter cette disposition de la loi sur le registre du commerce.

femme mariée commerçante, dès avant 1942) engage les biens du mari et ceux de la communauté, bien qu'elle ne contracte pas avec l'autorisation de son époux. On comprend dès lors que la loi de 1942 ait pu réaliser l'unification des deux régimes, puisque la raison qui précisément réclamait l'autorisation du mari en matière de commerce était ainsi réduite à néant. Mais, par le fait même, la femme était admise désormais à engager la communauté sans autorisation de son mari et cela constitue une réforme essentielle dont les répercussions dans le domaine des pouvoirs ménagers peut être considérable ; elle nous paraît modifier complètement la nature des pouvoirs de la femme sur les biens de la communauté.

A l'énoncé de ces principes de la loi de 1942, apparaît clairement le plan que nous devons suivre dans cette étude : dans un premier paragraphe, il faudra examiner le droit de veto du mari et dans un second dégager la nature des pouvoirs de la femme dans l'exercice de sa profession séparée ou de son commerce.

A. — *Le droit de veto du mari*

L'autorité du mari doit être une fonction exercée dans l'intérêt commun des membres de la famille. Le mari doit veiller à ce que le bien commun soit toujours respecté, même par la femme dans l'exercice de ses prérogatives. Le législateur de 1942 a mis en application ces principes en organisant le droit de veto du mari.

Cette intervention du mari, sous forme de veto, ne se justifiait dans la loi de 1938 qu'au regard de la femme exerçant une profession séparée. La loi de 1942 l'a étendue au cas de l'épouse tenant un commerce. L'unification est chose complètement réalisée : la femme est libre dans les deux cas, le mari a seulement un droit de veto. Les termes des articles 4 du code de commerce et 223 du code civil sont identiques : la femme peut être marchande publique, la femme peut exercer une profession séparée « *à moins que le mari ne s'y oppose* ». Examinons successivement les formes de ce veto, la possibilité pour la femme de recourir à la justice pour faire juger ce que ce veto n'est pas justifié et enfin les effets de ce veto.

1°. *Les formes de l'opposition du mari*

De même que l'exercice par la femme d'une profession séparée est une faculté qui lui est reconnue à titre direct et personnel, ainsi

le droit d'opposition est une prérogative essentielle que le mari tient de sa qualité de chef de famille.

La preuve de cette affirmation était indiscutablement fournie par l'article 216 du code (rédaction de 1938) qui prévoyait la perte par le mari de son droit d'opposition avec la disparition de sa qualité de chef de famille. L'article 223 nouveau ne maintient pas ce lien si bien que, pris à la lettre, on pourrait admettre qu'un mari frappé d'incapacité ou d'aliénation ou condamné à une peine criminelle puisse encore exercer son veto. Mais il nous paraît plus exact d'admettre comme le faisait la loi de 1938 que le mari perd alors son droit d'opposition puisqu'il ne peut être juge de l'intérêt de la famille. Par contre, il est certain, aux termes de l'article 1449 nouveau, que le mari ne peut plus s'opposer à ce que sa femme exerce une profession séparée, lorsque la séparation de biens a été judiciairement prononcée contre lui à la demande de la femme, bien qu'il ne perde pas pour autant la qualité de chef de famille. Peut-être a-t-on pensé que le procès en séparation pouvait créer des animosités personnelles entre les époux qui inciteraient le mari à abuser de son droit d'opposition (1).

Pas plus que celle de 1938, la loi de 1942 n'a réglementé les formes de l'opposition du mari (2). En fait, il suffira que celle-ci se soit manifestée de façon certaine (3). Par prudence le mari fera bien de donner à son opposition une forme authentique (sommation par huissier) et une large publicité : des notifications individuelles à certains tiers, tel que le patron de la femme ne seront pas inutiles. Une opposition orale nous paraîtrait insuffisante, car la preuve à l'égard des tiers ne pourrait pas, le plus souvent, en être rapportée. L'important est que les tiers aient eu personnellement connaissance de l'opposition quand ils ont traité avec la femme. Il s'agit, en effet, en l'occurrence de protéger les tiers de bonne foi et, s'ils n'ont pas eu connaissance de la manifestation de volonté du mari, l'opposition n'aura de valeur qu'entre les époux et non *erga omnes*.

Dans les précautions prises en vue de prévenir les tiers de la décision du mari, il subsiste une légère différence entre les professions

(1) La femme aurait toujours son droit de recours contre l'opposition du mari.

(2) Voir à ce sujet les observations de M. Nast dans son commentaire de la loi de 1938, D. 1939.4.9.

(3) Trib. Seine, 19 janvier 1943, *Gaz. Pal.* des 11 et 19 mars.

commerciales et les autres. Si, en effet, pas plus les textes du code de commerce que ceux du code civil ne précisent les formes de l'opposition, il est une formalité spéciale que doit remplir le mari de la femme commerçante s'il veut user de sa prérogative. Par application de l'article 7 du Code de commerce et des articles 4 et 5 de la loi du 18 mars 1919, il est tenu de notifier son opposition au greffier du tribunal de commerce en même temps qu'à la femme. Le greffier en fera mention sur le registre de commerce. Mais la portée de cette disposition est bien minime : d'une part, cette exigence n'est sanctionnée que par une amende, aucun effet juridique n'ayant été attaché par la loi à l'accomplissement ou au défaut d'accomplissement de ces formalités (1), et, d'autre part, la notification de l'opposition au greffier et sa mention sur le registre ne créent pas de présomption légale contre les tiers qu'ils ont eu connaissance de celle-ci comme le défaut de publicité n'empêche pas de prouver qu'en fait ils l'ont connue. Le registre de commerce n'a que la valeur d'un renseignement et ses mentions n'ont ni force créatrice de droit, ni force probante.

La question se pose de savoir si le mari peut exercer ce droit de veto à l'encontre d'une profession déjà exercée depuis longtemps par la femme ou s'il ne peut jouer qu'à l'encontre d'une profession nouvellement choisie. Les deux opinions ont été soutenues à la suite de la promulgation de la loi de 1938 (2). Bien que les travaux préparatoires soient assez flous sur ce point et malgré certaines déclarations contraires de l'auteur même de la loi, nous pensons que l'intérêt de la famille et du ménage demande que le droit de veto ne soit pas limité dans le temps (3). L'exercice de la profession peut n'apparaître préjudiciable au mari qu'après un certain temps, elle peut même le devenir alors qu'elle ne présentait pas de tels

(1) On sait qu'il en va différemment pour la mention de l'autorisation accordée au mineur de faire le commerce : article 2 du code de commerce, depuis la loi du 28 mars 1931.

(2) Voir Aynes, *La loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée*, thèse Paris 1939.

(3) En sens contraire : Louis Maguet, *Journal du Notariat et répertoire des notaires*, n° du 20 avril 1938, art. 39.663, p. 361. Voir *Notes parlem. Rev. Trim. Dr. Civ.* 1938, p. 344. Savatier, *Les lois nouvelles*, 1938, n° II, p. 58 et 60.

En notre sens Ch. Defrenois, *Répertoire général pratique du notariat et de l'enregistrement*, 15 janvier 1943, art. 26.109, n° 16 ; Esmein, *Scm. Jur.*, 20 mars 1938, n° 8 bis ; Ancel, *Traité de la capacité de la femme mariée*, p. 85 et s.

La Jurisprudence a d'ailleurs suivi cette solution. Paris, 7 décembre 1940, S. 1943.2.13 ; note Boitard.

inconvenients au début. L'article 223 du Code civil et l'article 4 du code de commerce ne disent pas que le mari peut s'opposer au choix de la profession, ni même à l'exercice d'une profession nouvelle, mais seulement à ce que la femme exerce une profession séparée.

Telles sont les formes de l'opposition. Dans les premières discussions de la loi de 1938 ayant trait au droit de contrôle du mari, celui-ci devait avoir recours à la justice pour faire interdire à la femme l'exercice d'une profession séparée. Le changement de procédure a été réalisé par un amendement de M. Pernot, le mari pouvant modu proprio s'opposer à l'exercice d'une profession par sa femme, quitte à celle-ci à saisir la justice. Il est donc nécessaire d'examiner maintenant le droit pour la femme de recourir au tribunal contre l'opposition du mari, d'autant que les effets de celle-ci sont fonction de sa validité.

2°. *Le recours de la femme devant la justice*

La femme a le droit de recourir sans autorisation au tribunal, lorsqu'elle a eu connaissance de l'opposition du mari. Cette possibilité est tout à fait normale. L'autorité du chef de famille doit s'exercer en vue du bien commun. Si la femme estime que son mari a abusé de sa fonction, que « *son opposition n'est pas justifiée par l'intérêt de la famille* », elle peut s'adresser à la justice pour la faire tomber. Ce n'est pas à dire, à notre avis, que si le tribunal considère l'opposition comme abusive, il autorisera la femme à exercer la profession. L'intervention de la justice consiste simplement à écarter l'obstacle qui empêchait l'épouse d'user de sa prérogative, tout comme le titulaire d'un droit de propriété peut être obligé de s'adresser à la justice pour faire cesser un trouble de jouissance, sans qu'il doive pour cela être considéré comme autorisé par la justice à jouir de son bien. Nous verrons l'importance de cette remarque, lorsqu'il s'agira d'exposer la nature des pouvoirs de la femme.

La procédure de recours est la même que celle prévue au cas de fixation abusive de la résidence du ménage, c'est donc celle des articles 861 et suivants du code de Procédure.

Deux hypothèses peuvent alors se présenter ;

Le tribunal peut juger que la décision du mari n'est pas justifiée par l'intérêt de la famille et, en conséquence, faire tomber son opposition. En ce cas, celle-ci est réputée n'avoir jamais existé et tous les actes de la femme, antérieurs ou postérieurs à l'opposition, sont valables et engagent la communauté et le mari. Le mari pourra d'ailleurs user à nouveau de son droit d'opposition, à condition bien entendu de respecter le principe de la chose jugée.

Si, au contraire, les raisons qui ont poussé le mari à faire acte d'opposition sont jugées péremptoires, celle-ci est déclarée valable. Il s'agit de savoir quels sont les motifs qui peuvent entraîner un tel résultat.

L'article 223 du code civil, auquel se réfère d'ailleurs l'article 7 du code de commerce, porte simplement « *que l'opposition du mari doit être justifiée par l'intérêt de la famille* », formule vague qui appelle des précisions. Un arrêt de la Cour de Paris du 7 décembre 1940 en apporte certaines (1). Pour cette juridiction, l'opposition du mari ne doit être méconnue que si ce dernier « s'est laissé guider par des mobiles abusivement autoritaires ou vexatoires et non par l'unique intérêt du ménage et de la famille ».

Adopter ce point de vue, aboutit à faire de l'opposition du mari une prérogative singulièrement efficace et redoutable. Les tribunaux n'ont pas à rechercher si, en fait, objectivement, celle-ci est conforme à l'intérêt de la famille ; il leur suffit de rechercher si, subjectivement, le mari a eu en vue l'intérêt commun. Peu importe qu'il se soit trompé dans la détermination du bien de la famille, du moment que cette préoccupation a guidé sa décision, celle-ci doit être maintenue. Ce n'est que si elle apparaît abusive et vexatoire que la Cour de Paris se reconnaît le pouvoir de permettre à la femme de passer outre.

Les premiers juges avaient, au contraire, estimé que les motifs du mari pour s'opposer à l'exercice par la femme d'une profession séparée n'étaient pas exacts et que l'époux s'était mépris sur l'intérêt réel du ménage.

Il s'agissait, en l'espèce, d'une femme qui travaillait dans un ministère et qui avait confié ses enfants à une grand-mère. Après

(1) Paris, 7 décembre 1940, précité. Cet arrêt est antérieur à la loi de 1942, mais celle-ci ayant repris la même formule que l'article 220 (rédaction de 1938), l'arrêt de la Cour de Paris garde toute sa valeur.

dix ans d'exercice, le mari lui avait fait sommation d'avoir à quitter son travail afin de pouvoir reprendre ses enfants. Le tribunal de première instance avait estimé qu'ils étaient mieux à la campagne qu'à la ville, surtout en période de guerre, et que, d'autre part, une activité séparée de la femme, en lui donnant un peu d'indépendance, ne pouvait qu'avoir d'heureux résultats, étant donné le caractère difficile du mari. A quoi la Cour de Paris répond : « Le problème n'est pas de rechercher si la solution proposée par le mari est la meilleure pour assurer le maintien de la vie commune, mais simplement de dire si le mari s'est laissé inspirer par des considérations autres que celles de l'intérêt du ménage ou de la famille. »

Il est permis d'hésiter sur le sens littéral d'un texte trop concis, mais rapproché des termes employés par les auteurs de la loi en ce qui concerne le choix de la résidence et le recours ouvert à la femme lorsque, objectivement, celle choisie par le mari présente des dangers d'ordre moral ou physique, la solution de la Cour de Paris nous paraît bien osée. Dire que le tribunal pourra prononcer la main levée de l'opposition, si celle-ci n'est pas justifiée, c'est dire tout simplement que le juge doit vérifier si cette opposition s'appuie sur des raisons pertinentes, qu'elle répond effectivement à l'intérêt bien compris du ménage et des enfants. C'est dans le sens de cette interprétation, qui nous paraît la plus littérale, que se sont prononcés les premiers commentateurs de la loi de 1938 (1).

Cette question doit nous retenir puisque nous la retrouverons lorsqu'il s'agira de déterminer les limites du droit du chef de famille de révoquer les pouvoirs ménagers de son épouse. Aussi nous voulons ajouter qu'il est une considération d'ordre moral qui nous pousserait à préférer plutôt, du point de vue théorique, la solution de la Cour de Paris. La fonction du chef de famille prend à nos yeux, sa valeur et tout son sens, quand celui qui en est investi se sent pleinement responsable du bien commun de ses enfants et de son épouse et qu'il met tout en œuvre pour pouvoir faire face

(1) En ce sens Ancel, *op. cit.*, 1938, n° 43 ; Bonnecasé, *op. cit.*, Paris, 1938, p. 173 et s. ; Crémieux, *Sem. Jur.*, 1939, n° 307 ; Esmein, *Sem. Jur.*, 1938, n°s 55-57 ; S. Grinberg, *Les droits nouveaux de la femme mariée*, Paris, 1938, p. 75 ; Maquet, *op. cit.*, p. 361 ; Savatier, *Commentaire de la loi du 18 février 1938*, Les lois nouvelles, 1938.1.60 ; Nast, *Commentaire de la loi du 18 février 1938*, D. 1939.4.1 ; Cf. Colin, Capitain, *op. cit.*, 10^e éd., t. I, p. 647 ; Ripert et Boulanger, *op. cit.*, II^e éd., t. I, n° 1804.

à cette fonction le plus efficacement possible. Peut-on estimer que la grandeur de la tâche se retrouvera lorsque le chef de famille saura que peu importe s'il se trompe, puisqu'il sera toujours possible à sa femme de recourir au tribunal, pour que celui-ci dégage la meilleure solution. La dignité de la fonction de chef de famille sera diminuée à nos yeux par la possibilité de l'intervention du juge dans toutes les décisions importantes de la vie familiale. Il est d'ailleurs une autre considération en ce sens : le chef de famille est mieux placé que la justice pour prendre la solution la plus conforme au bien commun, le juge ne pouvant considérer le problème dans toute son ampleur et certains aspects pouvant même ne pas lui être révélés par les époux. On peut se demander si la solution la plus conforme à l'intérêt commun, aux yeux de la justice, l'est aussi au regard de la famille. Le tribunal ne doit pas, à notre avis, être auprès du mari et au-dessus de lui juge de l'intérêt de la famille.

Pour repousser cette solution, outre l'argument de texte, certains ont fait valoir, il est vrai, un autre argument relatif à l'efficacité du recours de la femme. Ne l'admettre qu'au cas d'opposition abusive et vexatoire, ce serait rendre la disposition de l'ancien article 216, des articles 223 du code civil et 4 du code de commerce, superflue et inutile (1). Superflu d'abord, ce recours de la femme n'étant plus, dès lors, qu'une application de la théorie générale de l'abus des droits, alors qu'elle peut jouer sans qu'il soit besoin d'un texte exprès et détaillé. En réalité, ajoute-t-on, les rédacteurs de la loi de 1938 ont voulu instaurer une conception étatique de la famille se traduisant par l'intervention constante de l'autorité judiciaire. Un tel raisonnement ne nous paraît pas décisif et nous pensons que cette disposition était nécessaire, étant données les hésitations de la Jurisprudence à admettre le recours de la femme contre les décisions du mari. Cela est tellement vrai qu'aujourd'hui encore, les textes ne le prévoyant pas en matière de révocation par le mari des pouvoirs ménagers de l'épouse, la doctrine se pose la question de savoir s'il est possible. D'un autre côté, accepter une conception étatique de la famille nous paraîtrait regrettable : le pouvoir de l'Etat comporte vis-à-vis de celui du mari, comme à

(1) Boitard, Note s/ Cass., 7 juillet 1940, précité.

l'égard de celui du père, un rôle de contrôle et de soutien, mais il ne doit pas tendre à l'évincer. L'Etat doit veiller à ce que l'ordre existe dans le petit groupement qui est à sa base et à ce que l'autorité y règne sans abus. Ce pouvoir de contrôle entraîne normalement comme sanction le droit de retirer l'autorité à celui qui en est investi ou simplement de lui enlever toute efficacité dans un cas déterminé s'il y a abus grave. Mais ces remèdes doivent demeurer exceptionnels. « L'erreur en cette matière, disait M. Rouast (1), serait de considérer que l'Etat est le véritable détenteur de l'autorité familiale et qu'il en délègue seulement l'exercice aux parents, au mari. L'Etat n'a aucune vocation à l'autorité familiale, il n'en dispose pas. » On n'oublie pas que l'Etat national socialiste a prétendu que l'autorité familiale lui appartenait en propre et que les enfants étaient à lui avant d'être à la famille. On sait aujourd'hui les fruits effroyables qu'une telle conception a engendrés.

Non seulement, dit-on, la disposition relative au droit de recours de la femme, entendu comme nous le préconisons, serait superflue, mais on ajoute qu'elle serait inutile. Ce serait refuser pratiquement tout espoir de succès à la femme, car il serait toujours facile au mari de se retrancher derrière la considération tirée de l'intérêt prétendu de la famille. Ce raisonnement ne nous paraît pas exact, car il faut que le mari prouve que sa décision a été dictée par l'intérêt de la famille et seuls des faits précis pourront le démontrer. Nous pensons donc que l'opposition du mari pourra être levée si elle est vexatoire ou abusive, si le mari ne peut prouver par des faits que sa décision a été guidée par l'intérêt de la famille.

Mentionnons, pour être complet, que si la femme est autorisée par justice à passer outre à l'opposition du mari et s'il s'agit d'une femme qui veut exercer un commerce, elle devra notifier le jugement au greffier du tribunal de commerce qui le mentionnera sur le registre de commerce, en marge de l'opposition.

Ainsi l'épouse peut faire en sorte que l'autorité du mari s'exerce seulement dans le sens de son but et qu'elle ne dépasse pas les limites que réclame son fondement.

(1) M. Rouast, *L'autorité dans la famille*, Sem. Sociales, Lyon, 1925, p. 175.

3° Des effets de l'opposition du mari

Si l'opposition est jugée par le tribunal non justifiée par l'intérêt de la famille, elle est censée n'avoir jamais existé et tous les actes passés par l'épouse sont valables. C'est ce que décide l'article 223, dans son second alinéa : « *Si l'opposition du mari n'est pas justifiée par l'intérêt de la famille, la femme peut être autorisée par justice à passer outre, auquel cas les engagements professionnels qu'elle a pris depuis l'opposition sont valables* ».

Qu'arrivera-t-il si, par contre, l'opposition est reconnue valable ? L'ancien article 216 du code civil décidait simplement « *que l'opposition valable du mari est une cause de nullité des engagements professionnels contractés par la femme* ». Et le nouvel article 223 précise la pensée du législateur en déclarant que « *les engagements pris par la femme dans l'exercice de sa profession sont nuls à l'égard du mari si les tiers avec lesquels elle contracte ont personnellement connaissance de l'opposition du moment où ils traitent avec l'épouse* ».

La rédaction actuelle, bien préférable à la précédente, apporte sur deux points particuliers qui jusqu'alors restaient controversés, des solutions précises. C'est, d'une part, la question du point de départ des effets de l'opposition jugée valable et, d'autre part, celle de la sanction de cette opposition.

Après la loi du 18 février 1938, on s'était demandé si les tiers devaient faire provision à l'opposition sans attendre qu'elle soit validée ou si, au contraire, cette opposition n'avait effet qu'à partir du moment où les tribunaux la déclaraient valable (1) ; la solution était d'importance en ce qui concerne les actes passés par la femme entre l'opposition et le jugement, qui étaient ou non frappés de nullité.

M. Esmein estimait que tant que l'opposition n'avait pas été jugée valable sur recours de la femme, les tiers pouvaient exiger d'elle l'exécution de son obligation. Mais si l'on devait admettre cette solution, une difficulté se présentait lorsque la femme n'exerçait pas son recours. Dans ce cas, on était bien obligé de faire partir les effets de l'opposition de la date de cette dernière et non du jour du jugement de validité. Aussi la seconde solution paraissait-elle

(1) Voir sur ce point *Les Lois nouvelles*, n° du 5 mars 1938.

devoir l'emporter. Elle est d'ailleurs conforme aux principes relatifs à l'exercice par le chef de famille de son autorité. Celui-ci doit être présumé avoir agi dans l'intérêt de la famille et jusqu'à preuve contraire sa décision doit être respectée. La solution inverse n'irait pas d'ailleurs sans diminuer souvent l'efficacité de l'intervention du mari : l'interdiction qu'il fait à la femme présente le plus souvent un caractère d'urgence, car il faut éviter que les intérêts en jeu soient plus longtemps compromis. Le recours de la femme présente un caractère facultatif et exceptionnel, il ne saurait être question d'en attendre l'issue.

Aussi les rédacteurs de la loi de 1942 ont eu raison de préciser que l'opposition du mari aurait effet contre les tiers dès que ceux-ci en auraient eu personnellement connaissance. La réalisation de cette dernière condition limite bien souvent l'action du mari, mais la protection des tiers de bonne foi doit être assurée.

En ce qui concerne la sanction de l'opposition du mari, la loi de 1938 prévoyait que les actes de la femme étaient nuls, mais on se demandait s'il s'agissait d'une nullité relative ou absolue (1). La majorité des auteurs estimèrent que l'on était en face d'une nullité relative qui pouvait être invoquée par la femme comme par le mari et par leurs héritiers, sanctionnant une survivance de l'ancienne incapacité de la femme mariée. Cette solution n'était d'ailleurs pas sans soulever de nombreuses difficultés du fait que les textes, où était prévue la nullité pour incapacité de l'épouse, avaient été abrogés ou modifiés (art. 225, 1125 et 1304 du code civil). On faisait remarquer, d'autre part, que la sanction d'un droit d'opposition était normalement de permettre à son auteur seul de demander la nullité (2). Si la femme n'est pas absolument libre, c'est seulement parce que les prérogatives du mari peuvent venir limiter sa liberté dans l'intérêt commun et il pouvait paraître curieux de voir une femme agir en nullité en invoquant sa propre désobéissance à son mari. Il semblait préférable de réserver au mari seul le droit d'invoquer la nullité.

Ce sont ces raisons qui ont conduit le législateur de 1942 à préciser que les engagements de la femme sont nuls à l'égard du mari,

(1) Cf. Aynes, *op. cit.*, p. 189 ; Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, *op. cit.*, n° 671.

(2) Planiol, Ripert, Boulanger, *op. cit.*, n° 1806.

formule encore un peu floue et équivoque, mais qui a permis à certains de penser que l'on se trouvait en présence plutôt d'une inopposabilité que d'une nullité et que la femme ne pouvait s'en prévaloir à l'égard de ses cocontractants, tant du moins que la nullité n'avait pas été demandée par le mari (1).

M. Julliot de la Morandière va plus loin, en décidant qu'en toutes hypothèses, même après la nullité demandée par le mari, la femme ne pourra se prévaloir de l'opposition à l'égard des tiers (2). L'opposition ne rendrait pas la femme incapable de contracter. La loi dit que les engagements sont nuls à l'égard du mari, c'est donc qu'ils sont valables à l'égard de la femme. Il s'en suit que la femme pourrait continuer à faire le commerce après l'opposition du mari et, demeurant commerçante, elle resterait tenue de toutes les obligations des commerçants, les engagements pris par elle postérieurement à l'opposition du mari ne pouvant pas seulement être opposés à ce dernier. La femme aurait toujours pleine capacité, mais elle n'aurait plus le pouvoir d'engager la communauté et le mari.

Il nous semble impossible d'admettre la thèse de M. Julliot de la Morandière et nous nous permettons de présenter les raisons qui appuient notre façon de voir.

D'une part, si le mari s'oppose à l'exercice par la femme d'une profession, ce n'est pas forcément parce que cet exercice est contraire aux intérêts pécuniaires de la famille, ce peut être parce qu'il n'est pas conforme au bien moral de la famille dont le mari a aussi la garde. Or, pour donner à son intervention l'efficacité désirable dans ce domaine, il faut qu'elle puisse avoir pour résultat d'empêcher la femme d'exercer sa profession. La sanction individuelle d'une inopposabilité au seul mari ne suffit pas à protéger les intérêts communautaires de la famille. Le mari, en s'opposant à l'exer-

(1) Ancel, *op. cit.*, p. 16 ; Esmein, *Gaz. Pal.*, du 2 décembre 1942.

(2) M. Julliot de la Morandière, *Sém. Jur.*, 1943.1.304, n° 25. « L'opposition du mari à l'exercice par sa femme d'une profession ne rend pas celle-ci incapable de contracter. Ce veto manifeste seulement que les obligations assumées ne sont pas conformes aux intérêts familiaux : par suite, les actes de la femme sont inopposables à la communauté et au mari. La loi nous dit : « nuls à l'égard du mari », c'est-à-dire valables à l'égard de la femme, inefficaces à l'égard du mari. En conséquence, les engagements professionnels contractés avec des tiers, ayant eu personnellement connaissance de l'opposition, ne donnent pas action ni sur les biens communs, ni sur les biens du mari. Toutefois, la femme demeure, elle, engagée sur ses biens réservés et sur la nue-propriété de ses propres. Sur le terrain du droit privé, ses actes quoique inopposables au mari, n'en sont pas moins valables ». Dans le même sens : Maxime Chauveau, *Le statut de la femme mariée depuis les lois du 22 septembre 1942 et du 1^{er} février 1943*, n° 55 ; Voirin, *Commentaire de la loi du 22 septembre 1942*, D. C. 1943.4.54, n° 25.

cice de la profession par la femme, n'entend pas seulement se protéger personnellement, il défend l'intérêt du groupe tout entier. C'est donc une sanction familiale que réclame cette institution éminemment familiale qu'est le veto.

D'autre part, à suivre M. Julliot de la Morandière, l'opposition du mari ne serait sanctionnée, en fait, que dans le cas où le régime des époux est celui de la communauté, puisque, sous le régime de la séparation de biens, la femme n'engage toujours que ses biens personnels et que, sous le régime dotal, les biens dotaux, les seuls dont le mari a l'administration, sont insaisissables par les créanciers de la femme. L'opposition du mari n'entraînerait donc aucune conséquence sur le sort des actes de son épouse qui ne se serait pas soumise à sa décision. Or le code civil prévoit la possibilité de l'opposition du mari sous le régime de la séparation de biens (au moins contractuelle, argument tiré de l'article 1449 qui lui enlève cette prérogative sous le régime de la séparation de biens judiciaires). L'efficacité de la sanction ne peut dépendre du régime matrimonial. Or, pour que cette opposition ait un sens, il faut nécessairement décider que les actes passés par la femme sont nuls à la demande du mari et nuls à l'égard de tous.

La femme n'est plus une incapable, en tant qu'elle a besoin d'être protégée, mais elle fait partie d'un groupe familial et elle ne peut faire ce qu'elle veut lorsque son activité est contraire aux intérêts du groupe.

On peut enfin présenter une dernière observation : si le législateur avait voulu sanctionner l'opposition du mari par une inopposabilité, il l'aurait dit tout simplement, comme dans l'article 217 dans une hypothèse inverse : « *l'acte de disposition passé dans les conditions prévues par l'autorisation de justice est opposable à l'époux dont le concours ou le consentement fait défaut* ». D'ailleurs si l'on se reporte à l'alinéa 1^{er} de l'article 223, qui décide que la femme peut exercer une profession séparée, à moins que son mari ne s'y oppose, on doit en déduire, au contraire qu'elle ne le peut pas au cas d'opposition, sous peine de voir ses actes annulés à la demande du mari (1).

(1) Nous avons terminé la rédaction de notre thèse, lorsque nous avons pris connaissance d'un article de M. Ad. Choteau, *Nature et sanction de l'opposition du mari à l'exercice d'une profession par la femme*, au D. 1945, ch. IX. M. Choteau défend, avec encore plus de vigueur que nous, la thèse que nous avons cru devoir adopter. Nous renvoyons à cette intéressante étude.

Telle est l'organisation des pouvoirs du chef de famille en ce qui concerne l'exercice par la femme d'une profession ou d'un commerce séparé. Il reste à dégager la nature des pouvoirs de la femme agissant dans ce domaine.

B. — *Nature des pouvoirs de la femme exerçant une profession ou un commerce séparé.*

Pour résoudre ce problème, il faut commencer par rechercher quel est le gage des créanciers qui ont contracté avec la femme dans ce domaine.

Antérieurement à la loi du 22 septembre 1942, une distinction capitale devait être faite selon qu'il s'agissait d'une profession non commerciale ou de l'exercice par la femme d'un commerce.

La femme, par les actes qu'elle passait relativement à sa profession non commerciale, n'engageait pas le mari ni la communauté. Elle ne pouvait par ses engagements donner action que sur les biens dont elle avait la disposition, puisqu'elle agissait sans avoir l'autorisation de son mari. Ces biens n'étaient composés que des biens réservés provenant de son activité professionnelle et de ses biens personnels. Ses créanciers devaient encore respecter les droits de jouissance que les régimes de communauté et exclusifs de communauté donnaient au mari sur les propres de sa femme et ceux que le mari dotait possédait sur la dot ; il leur fallait aussi tenir compte de l'inaliénabilité et de l'insaisissabilité des biens dotaux.

Au contraire, la femme, par les actes qu'elle passait pour les besoins de son commerce, obligeait son mari, s'il y avait communauté entre eux. L'article 5 du code de commerce prévoyait ces effets des actes de la femme. La question se posait seulement de savoir si le mari était engagé en raison de la confusion de fait existant entre son patrimoine et celui de la communauté ou s'il l'était à titre personnel, ce qui aurait constitué une exception remarquable à la maxime : « qui auctor est non se obligat ». Cette controverse, aux conséquences importantes, n'était d'ailleurs pas spéciale à cette question de la femme commerçante, mais était soulevée chaque fois qu'une dette était contractée par la femme autorisée

de son mari. Devait-on considérer que l'action des créanciers sur les biens de la communauté et du mari s'expliquait par le fait que la femme obtenait par l'autorisation de son mari la possibilité d'engager la communauté et par contre-coup seulement les biens du mari ou, au contraire, résultait-elle, comme le disait la Cour de Cassation (1), d'une obligation personnelle du mari, née d'un cautionnement légal, solidaire et civil ? On connaît les intérêts attachés à cette question : s'il y avait obligation personnelle, solidaire du mari, celui-ci restait après la dissolution de la communauté tenu de l'intégralité de la dette, le concordat obtenu par la femme ne profitait pas au mari, ni à la communauté, le mari ne pouvait être poursuivi devant les juridictions consulaires même pour les dettes commerciales de sa femme ; les solutions inverses devaient, par contre, être appliquées si l'on admettait que la femme autorisée engageait elle-même la communauté par ses dettes et que le mari ne l'était que parce que la communauté l'était elle-même (2).

La loi de 1942 devait réaliser une unification en la matière, les biens du mari et de la communauté se trouvant engagés toutes les fois que la femme contracte pour les besoins de sa profession et de son commerce.

Pour ce qui est du cas où la femme exerce un commerce, l'article 5 du code de commerce indique que : « *la femme marchande publique s'oblige personnellement par les actes qu'elle fait pour les besoins de son commerce et oblige aussi son mari s'il y a communauté entre eux* ». L'alinéa second décide que « *sous tous les régimes, le mari ne pourra opposer aux tiers avec qui la femme aura contracté pour les besoins de son commerce les droits d'administration et de jouissance que le régime matrimonial peut lui donner sur les biens de sa femme* ». Il ne pourra donc opposer son droit de jouissance sous le régime dotal. « *Toutefois, achève le texte, la femme ne peut aliéner, hypothéquer ou engager ses biens dotaux que dans les conditions fixées par la loi ou le contrat de mariage* ». L'inaliénabilité et l'insaisissabilité dotales subsistent donc dans la mesure où la loi de 1942 les a conservées.

(1) Civ., 23 avril 1888, D. 1889.I.233 ; 16 juillet 1902, D. P. 1903.I.90 ; 27 juin 1922, D. 1922.I.200.

(2) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. VIII par M. Nast, n° 36 ; Josserand, *Cours de droit civil positif français*, 3^e éd., t. III, n° 132 ; Colin et Capitant, *op. cit.*, 8^e éd., t. III, n° 124.

En ce qui concerne les biens de la communauté, M. Julliot de la Morandière regrette que le texte n'ait pas tranché la controverse signalée plus haut et relative au mécanisme selon lequel ils seraient engagés.

Cette controverse ne paraît plus, à notre avis, pouvoir se poser puisqu'il ne s'agit plus de dettes contractées par la femme avec l'autorisation de son mari. En réalité, l'éminent auteur suppose encore une autorisation tacite du mari, ce qui ne peut pas être, du moins à notre avis, la femme pouvant exercer le commerce en toute liberté sauf le droit de veto du mari (1).

En vérité, le gage des créanciers ne se trouve pas modifié, mais l'explication juridique antérieure ne peut plus être conservée.

Par contre, l'étendue du gage des créanciers ayant traité avec la femme, pour les besoins d'une profession quelconque est augmentée par la loi de 1942, puisqu'il se trouve être le même que celui des créanciers de la femme commerçante alors qu'antérieurement il ne comprenait que les biens dont la femme avait la libre disposition. Il est certain qu'aujourd'hui la femme peut avoir, dans l'exercice d'une profession libérale ou agricole, tout autant besoin de crédit que la femme commerçante. La solution résulte de l'article 225 du code civil qui, ayant trait aux droits des créanciers d'une femme qui exerce une profession séparée, précise : « *La femme n'oblige ni le mari, ni la communauté par les engagements qu'elle contracte pour un autre objet que l'intérêt du ménage ou les besoins de sa profession* ». Il en résulte donc que si elle agit pour les besoins de sa profession, elle oblige le mari et la communauté. L'uniformité de solution adoptée, qu'il s'agisse d'une profession commerciale ou non exercée par la femme, se trouve soulignée par l'article 1426 qui décide que celle-ci ne peut obliger la communauté qu'avec le consentement du mari, sous réserve des dispositions des articles 225 du Code civil et 5 du Code de commerce. Il affirme en même temps que le consentement du mari ne peut plus être le fondement de l'engagement de la communauté,

Si l'on veut résumer l'évolution qui s'est faite en la matière, on peut dire que les effets des actes passés par la femme sont

(1) M. Julliot de la Morandière, *op. cit.*, reconnaît d'ailleurs plus loin dans son étude qu'une nouvelle explication doit être trouvée à l'engagement par la femme des biens communs et de ceux de son mari.

ceux attachés seulement autrefois aux actes de la femme commerçante alors que les conditions de l'exercice par la femme d'une activité professionnelle séparée sont celles adoptées autrefois pour l'exercice par la femme d'une profession quelconque. C'est précisément cette double unification par des procédés contraires qui nous servira de point de départ pour dégager le fondement des pouvoirs de la femme d'engager la communauté et le mari. Cette étude est importante puisqu'elle va nous montrer un aspect, nouveau et capital des pouvoirs de la femme sur les biens communs.

La femme aujourd'hui n'est plus une incapable ; elle peut s'engager elle-même sans le consentement de son mari. Mais, en principe, elle a toujours besoin de ce consentement pour engager la communauté. L'article 1426 en pose le principe et indique qu'il existe des exceptions, en particulier celles des articles 225 du Code civil et 5 du Code de commerce. C'est donc que la femme engage alors la communauté bien qu'elle n'ait pas le consentement de son mari. L'attitude négative du mari devant sa femme commerçante n'est pas un consentement. Il est donc nécessaire d'en conclure que la loi reconnaît ici à l'épouse un pouvoir direct lui permettant d'engager la communauté. C'est là une innovation capitale dans notre droit dominé jusqu'alors par le principe que seul le mari a le pouvoir d'engager les biens communs. Désormais la femme se voit reconnaître, au moins dans certains domaines, un pouvoir semblable, le mari n'ayant plus que la charge de veiller à ce que l'exercice par la femme d'une profession séparée ne nuise pas au bien commun. Les engagements qui résulteront de cet exercice obligeront la communauté du chef de la femme.

Il est certains auteurs qui ont reculé devant une telle conséquence et qui, ne voyant aucune solution au problème ainsi posé, ont voulu l'aborder sous un angle différent. Au lieu de considérer la situation normale, ils ont examiné le cas où la femme exerce sa profession séparée ou son commerce, *autorisée par justice*, celle-ci ayant déclaré le veto du mari abusif. Constatant que la femme, dans son activité professionnelle, peut obliger la communauté, même lorsqu'elle n'est autorisée que par le juge (cette formule laisse à penser que, dans le cas contraire, ces auteurs présumeraient l'autorisation du mari) ils en ont conclu que la loi du 22 septembre 1942 faisait de l'autorisation de justice, au moins

dans cette hypothèse, le fondement des pouvoirs de la femme (1).

Une telle affirmation nous paraît à la fois contraire au rôle de la justice lorsqu'elle lève le veto opposé par le mari et méconnaître le fondement réel des pouvoirs de la femme.

Si nous examinons, en effet, le rôle de l'autorisation de justice en la matière avant 1942, nous constatons, et cela est capital, que l'autorisation de justice n'a jamais eu les mêmes effets que l'autorisation maritale. Elle ne remplissait d'autre fonction que celle d'habiliter la femme et ne permettait en aucune façon à celle-ci d'engager la communauté et le mari. Jamais, sauf la seule exception de l'article 1427, l'autorisation de justice n'a pu donner à la femme quelque pouvoir que ce soit sur les biens du mari et de la communauté. Toujours, même sous l'empire de la loi de 1938, la femme mariée commerçante du fait de l'autorisation de justice, n'a pu engager que la nue-propriété de ses propres et ses biens réservés. L'autorisation du mari pouvait seule rendre les obligations de la femme exécutoires sur les biens communs.

Il en va de même aujourd'hui : la levée par le tribunal de l'opposition du mari permet à la femme d'exercer une profession séparée ou un commerce, de faire cesser le trouble résultant du veto mal fondé du mari, mais ce n'est pas dans l'intervention de la justice que la femme peut puiser le pouvoir d'engager les biens communs. C'est une erreur de prétendre que la loi de 1942 a apporté une exception remarquable au droit antérieur en permettant à la femme de se faire autoriser par le juge non seulement à exercer la profession malgré le refus du mari, mais aussi à rendre ses actes opposables à la communauté. L'article 223 indique très nettement cette idée en utilisant la formule suivante : « *La femme peut être autorisée par justice à passer outre...* », qui répond bien à cette idée que le juge ne fait que permettre à la femme de considérer le veto de son mari sans valeur. On se retrouve alors dans la même situation que si l'opposition du mari n'avait pas eu lieu. Ce n'est donc pas l'autorisation de justice qui donne à la femme le pouvoir d'engager les biens communs. S'il en était ainsi d'ailleurs, comment admettre que la femme mariée puisse atteindre, par elle-même, un résultat identique lorsqu'elle exerce sa profession sans

(1) Ancel, *op. cit.*, p. 20.

l'opposition du mari ? La femme exerçant une profession séparée ou la femme commerçante possède à la fois, dans ces circonstances, la capacité et le pouvoir.

Le résultat de cette étude doit être appliqué à la question qui réclame toute notre attention : celle des pouvoirs ménagers. Pourquoi ne pas admettre la même solution alors que la situation de la femme exerçant une profession séparée et celle de la femme agissant pour les besoins du ménage, sont aussi rapprochées quant à leurs effets par l'article 225 : « *La femme n'oblige ni le mari, ni la communauté, par les engagements qu'elle contracte pour un autre objet que l'intérêt du ménage ou les besoins de sa profession* ». Il n'y a pas de raison de donner une explication différente des pouvoirs de l'épouse dans chacun de ces deux cas. On ne peut plus prétendre à l'heure actuelle qu'il serait contraire à tous les principes du Code de reconnaître à la femme un pouvoir propre, puisque la loi de 1942 l'a expressément prévu dans le cas de la femme exerçant une profession. Nous touchons, en vérité, un point capital dans la construction de notre théorie des pouvoirs ménagers de l'épouse. On peut même dire que puisque la femme commerçante se voit reconnaître un pouvoir propre, à plus forte raison peut-on donner à la femme ménagère le pouvoir d'engager directement les biens de la communauté ; il y a là une sorte d'a fortiori étant donné que l'on ne peut contester que l'exercice par la femme d'une profession est encore aujourd'hui quelque chose d'exceptionnel alors que l'activité ménagère de l'épouse est indispensable à la vie du ménage et voulue par l'organisation naturelle du foyer.

La femme se voit reconnaître par la loi la prérogative d'exercer en toute liberté une profession ou de tenir un commerce ; cette prérogative est seulement soumise au droit de regard du chef de famille qui doit veiller à ce que l'activité de la femme ne soit pas contraire aux intérêts de la famille. L'épouse trouve dans cette prérogative le pouvoir d'engager directement la communauté sans qu'il lui soit besoin de l'autorisation de son mari, sans qu'elle ait à emprunter la personnalité juridique de son époux. Il semble que nous sommes en face d'une organisation en tous points semblable à celle que nous ne cessons de défendre pour l'organisa-

tion des pouvoirs domestiques. La grosse objection tirée de la direction unique du mari disparaît.

Ainsi prend fin l'étude de l'exercice par le mari de ses prérogatives de chef de famille lorsque la femme exerce une profession séparée. Nous avons voulu le voir dans tous ses détails, d'abord parce que l'organisation technique de l'intervention du mari et du recours de la femme à la justice pourra nous être d'une grande utilité dans le domaine des pouvoirs ménagers, ensuite parce que nous estimons qu'un tel examen nous découvre une conception nouvelle et essentielle dans l'organisation des rapports entre époux : le législateur veut enfin reconnaître à l'épouse de véritables pouvoirs correspondants à son rôle d'associée et de compagne. L'adage de Dumoulin : « Uxor non est propria socia, sed speratur fore », disparaît de notre droit matrimonial et peu à peu nous revenons aux principes qui ont fait toute la richesse de la communauté du ^{xiii}^e siècle où mari et femme assuraient une administration commune du foyer.

C'est l'esprit de ce vieux régime d'association, l'esprit communautaire, qui gouverne désormais les rapports personnels des époux et l'organisation hiérarchique de la famille. L'article 225 n'est pas d'ailleurs une preuve isolée de ce changement d'orientation. Nous ne ferons que citer l'article 217 pour en apporter un nouvel exemple.

Dans l'article 217, la loi se place dans l'hypothèse où l'un des époux doit, pour pouvoir passer valablement un acte juridique, avoir le concours de son conjoint. Elle prévoit le cas où ce conjoint se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté ou oppose à son conjoint un refus que ne justifie pas l'intérêt de la famille. L'article 217 vient décider que l'époux qui veut faire cet acte de disposition pourra se faire autoriser par justice à disposer sans le concours ou sans le consentement de son conjoint ; l'acte de disposition sera opposable à l'autre époux. Ainsi, lorsque le mari est absent, la femme peut aliéner un bien de communauté pour fournir des soins à l'enfant né du mariage (1) ; de même, lorsque le mari oppose un refus non justifié par l'intérêt de la famille, la

(1) Trib. Nîmes, 16 décembre 1942 ; *Sem. Jur.*, 1943.2.2122.

femme peut être autorisée à passer outre et à acquérir la maison habitée par la famille avec des économies réalisées à cet effet par les époux (1).

Dans tous ces cas, on ne peut prétendre que la femme représente le mari (2) ; il faut donc rechercher la nature des pouvoirs de la femme. La majorité des auteurs pense que la femme peut alors passer l'acte et engager la communauté en vertu de l'autorisation de justice, estimant qu'il y a, en ce domaine, une exception au principe que nous avons déjà dégagé et, suivant lequel l'autorisation de justice ne peut ouvrir aux créanciers action contre la communauté et le mari (3).

Nous estimons qu'il est permis de se demander si cette explication répond vraiment au rôle du tribunal. Précisons bien l'hypothèse dans laquelle l'article 217 se place : il s'agit d'un acte de disposition isolé, intéressant le patrimoine familial, que l'un quelconque des époux se propose de faire et pour lequel l'autre conjoint ne peut pas ou ne veut pas donner son consentement ou son concours normalement nécessaire (au cas de refus, il faut à notre avis assimiler ceux de silence, de négligence, d'indifférence grave, d'incurie notoire, lorsqu'ils sont, sans discussion, contraire aux intérêts de la famille).

En réalité, nous sommes dans des hypothèses où la femme (si l'on se place dans le cas de l'épouse) peut faire certains actes, mais à condition d'avoir le consentement du mari qui attestera que l'acte qu'elle va passer est bien conforme aux intérêts de la famille puisque c'est la protection de ces derniers qui a poussé dans certains cas le législateur à exiger l'intervention des deux époux. Mais le mari peut abuser de sa fonction de chef de famille et interdire à la femme un acte qui est pourtant conforme aux intérêts de la

(1) Trib. Avesne, 10 décembre 1942, *Gaz. Pal.*, du 30 décembre 1942.

(2) Il est bon de préciser nettement la distinction qui existe entre le champ d'application de l'article 217 et celui de l'article 219 où un époux agit comme représentant judiciaire de l'autre qui, s'il était capable de manifester sa volonté, n'aurait pas alors besoin du concours de son conjoint. D'une part, alors que l'article 217 ne vise que l'hypothèse où il s'agit de passer un acte particulier, l'article 219 vise celle où il y a représentation générale d'un époux par l'autre. D'autre part, il faut obligatoirement, pour que l'article 219 s'applique, que l'un des époux soit incapable de manifester sa volonté, tandis que l'article 217 assimile à cette situation celle où il y a refus non justifié par l'intérêt de la famille.

(3) Trib. Seine, 11 mai 1939, *J. C. P.* 1939.II.1132 : « L'autorisation de justice... est par elle-même sans effet sur l'obligation de la communauté aux dettes de la succession ; car elle ne peut être substituée à l'autorisation maritale, droit exclusivement personnel du mari, en tant que découlant de sa qualité d'administrateur de la communauté ».

famille. Il est donc normal qu'elle puisse recourir à la justice pour passer outre. De même, si le mari est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, de dire si l'acte que veut passer la femme est conforme au bien commun, il est injuste de laisser l'épouse dans l'impossibilité complète de le faire. Le tribunal remplace alors le mari pour juger si oui ou non cet acte est bien conforme à l'intérêt de la famille.

En conséquence, nous estimons que la femme possède en germe, en tant que copropriétaire des biens communs et d'associée du mari, le pouvoir d'obliger la communauté si la dette est contractée dans l'intérêt de la famille, au moins dans certains cas. L'intervention du mari ou celle de la justice est nécessaire précisément pour affirmer cette conformité aux intérêts familiaux, mais elle n'a pas d'autre but. L'autorisation de justice ne peut pas être le fondement des droits de la femme, elle est simplement un contrôle. L'article 217 ne fait d'ailleurs aucune différence entre la situation des deux époux.

L'article 217, comme l'article 223, reconnaît, à notre avis, à la femme un pouvoir propre, subordonnant l'exercice de ce pouvoir au bien commun. La seule différence entre les deux situations est que dans l'hypothèse de la femme commerçante l'intérêt commun est présumé, alors que dans la seconde le mari ou la justice doivent en intervenant à l'acte prouver cette conformité. Dans les deux cas, la loi de 1942 reconnaît, à notre avis, à la femme un pouvoir propre.

L'organisation hiérarchique de la famille nous apparaît nettement. Le mari et la femme sont responsables ensemble de la cellule familiale qu'ils ont fondée le jour de leur mariage. A sa prospérité, ils doivent consacrer toutes leur forces, conformément à leurs aptitudes et à leurs moyens. Mais, dans cette édification, il faut un chef et c'est le mari qui remplira cette fonction. Chacun des époux doit naturellement agir dans l'intérêt de la famille. Si la femme n'agit pas en ce sens, le mari est là pour défendre l'intérêt commun et l'imposer à sa compagne. Si le mari manque à ses devoirs, la femme peut recourir à la justice, car l'autorité du mari a des limites que lui impose son fondement ; elle ne peut être discrétionnaire. Enfin, la femme, dans cette œuvre commune, dispose d'un pouvoir propre et direct sur les biens de la communauté, au

moins dans les domaines qui correspondent à la mission limitée ou à son activité professionnelle. La loi de 1942 nous semble avoir distingué deux procédés pour permettre à la femme d'engager les biens communs selon le rôle qu'elle remplit dans la société familiale : la représentation et le droit direct. L'épouse utilise la représentation quand elle agit à la place du mari mis dans l'impossibilité de jouer son rôle de chef, mais elle agit en vertu d'un pouvoir propre dans tout ce qui concerne son activité normale.

Dans ces conditions, il est naturel de se demander si l'article 220 n'est pas en contradiction avec l'ensemble de la réforme opérée par le législateur de 1942.

Nous savons que toutes ces idées peuvent être discutées, que certaines peuvent même paraître osées. Nous croyons cependant qu'elles reposent sur des raisons sérieuses et qu'en toutes hypothèses, une telle recherche ne peut qu'être favorable à une évolution raisonnable du droit. L'organisation de la famille ainsi construite nous paraît, dans son ensemble, en accord avec les principes qui nous ont semblés essentiels en la matière et que nous avons pris soin de déterminer en premier lieu.

Il nous reste à rechercher dans quelle mesure cette organisation peut se retrouver dans le domaine des pouvoirs ménagers de la femme mariée. Nous construisons désormais sur du solide puisque nous savons que l'idée du pouvoir propre que nous défendons est en accord avec les tendances modernes de notre droit.

CHAPITRE SECOND

LE CHEF DE FAMILLE ET LES POUVOIRS MENAGERS DE LA FEMME

Si la femme doit se voir reconnaître le pouvoir propre et direct d'engager la communauté et les biens du mari pour les besoins du ménage (et nous savons maintenant qu'un tel pouvoir ne serait plus extraordinaire dans notre droit français), si ces pouvoirs ménagers de la femme doivent être d'origine légale et doivent lui être reconnus du seul fait du mariage pour tous les actes rentrant dans sa mission de maîtresse de maison, cette activité ne peut être absolument indépendante et échapper à tout contrôle du mari. Nous avons déjà dit qu'il nous semblait impossible, contrairement aux idées développées par Binet, de prétendre réserver à chacun des deux époux un champ d'action complètement étanche à toute intervention de l'autre conjoint. Le chef de famille doit pouvoir exercer sur l'activité de son épouse un droit de regard afin que cette action féminine se fasse toujours dans l'intérêt commun et dans le cadre d'un développement harmonieux de la vie familiale.

Pour réaliser cet objectif, la femme doit tout l'abord agir dans la limite des possibilités pécuniaires et conformément à la situation sociale des époux, puisque les dépenses qu'elle est appelée à faire rentrent dans le budget du ménage. Or celui-ci doit être établi par le mari, qui en sa qualité de chef de famille « *organise la vie du ménage* »-(1). Le mari va donc intervenir indirectement tout au moins, dans la détermination de la mesure des pouvoirs ménagers de son épouse, non pas certes en contrôlant chaque opération pas-

(1) Ripert et Boulanger, *op. cit.*, n° 1796, p. 613.

sée par celle-ci, mais en délimitant les possibilités pécuniaires dont elle pourra disposer dans son activité ménagère. Nous disons indirectement, car nous n'entendons pas que la mesure des pouvoirs ménagers dépende de la volonté de chaque mari, mais bien d'éléments objectifs déterminés par la loi ; il n'en demeure pas moins que le mari peut peser sur ces éléments.

D'autre part, le mari peut s'apercevoir que sa femme, soit qu'elle n'ait pas les capacités requises, généralement dispensées à la femme par nature, soit parce qu'elle est guidée par des goûts de luxe et de fantaisie, ne fait pas face à sa tâche conformément aux intérêts de la famille. Comme nous l'avons dégagé dans le chapitre précédent, le mari doit alors exercer un droit de contrôle et retirer à sa femme des pouvoirs qu'elle n'utilise pas en vue du bien de la famille dont il est le gardien. Un droit de veto devra lui être reconnu (nous dirons les raisons qui nous empêchent d'employer l'expression pouvoir de révocation) ; il constituera une des prérogatives de sa fonction de chef de famille.

L'exercice par le mari de sa fonction de chef se présente en définitive à nous sous deux aspects qu'il nous faut successivement étudier.

SECTION I

L'intervention du chef de famille dans la détermination de la mesure des pouvoirs ménagers

Nous avons déjà eu à rechercher quel était l'objet des pouvoirs ménagers de l'épouse, objet découlant de la personnalité propre de la femme et qui correspond à son rôle de maîtresse de maison, objet invariable pour tous les ménages et fixé, au moins dans son principe, par la loi. Mais la détermination de l'étendue des pouvoirs ménagers présente un autre aspect qu'il nous faut aussi considérer. Il ne suffit pas, en effet, pour en fixer les limites de savoir quels actes l'épouse peut faire. Ainsi dégagé, le champ d'activité de la femme présenterait des contours bien vagues et lui laisserait des

possibilités presque illimitées, sinon en surface, du moins en profondeur. Ce n'est point assez dire que la femme peut acheter des denrées ou des vêtements, engager des domestiques, encore faut-il savoir jusqu'à quelles limites ces opérations sont légitimes, c'est-à-dire dans quelle mesure l'épouse peut acheter des vêtements et des denrées, quel est le nombre de domestiques qu'elle peut engager.

Il a toujours été admis depuis les premiers pas de la théorie du mandat tacite que les pouvoirs ménagers de la femme n'étaient pas illimités. Les auteurs de l'Ancien Droit, d'Argentré (1), Ferrière (2), Lebrun (3), Bouhier (4), Valin (5), Guyot (6) avaient posé en principe que le mari ne pouvait être engagé par des dépenses excessives de son épouse. Dès le xvii^e siècle, on voyait les Parlements annuler des dettes contractées par la femme dans l'exercice de sa mission domestique, celle-ci ayant dépassé les limites qui lui étaient légitimement permises (7). Aujourd'hui encore, personne ne viendrait contester ce principe et les annulations ou réductions de factures se rencontrent fréquemment dans la pratique de nos tribunaux (8).

(1) *Commentarii in patrias Britonum leges*, 5^e éd., art. 424, glose 2. Pour lui, la volonté du mari détermine souverainement l'étendue du mandat de l'épouse.

(2) *Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris*, 2^e éd., t. III, tit. X, art. 223, gl. 2, n^o 72. Qu'il convient de condamner le mari à payer les dépenses ménagères tant qu'il n'y a pas preuve « de mauvais usage ». Il parle aussi « des dépenses superflues de l'épouse ».

(3) *Traité de la communauté entre mari et femme*, Liv. II, chap. II, section 2, n^o 6.

(4) *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XIX, n^o 98. « Si les marchands avaient fourni à la femme des étoffes qui ne convinssent pas à son état, ou s'ils avaient laissé trop grossir le nombre de ces fournitures, sans avertir le mari, ils ne seraient pas fondés à lui demander le paiement ».

(5) *Nouveau commentaire sur la coutume de la Rochelle et du pays d'Aunis*, t. I, art. XXIII, n^o 17. « Les parties ne doivent pas être excessives eu égard au train de la maison ».

(6) *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, v^o Autorisation, sect. VII, n^o 7. Citant les hypothèses dans lesquelles le mandat domestique ne peut par exception fonctionner, Guyot écrit : « Une autre exception est pour les dépenses qui excèdent la condition du mari ou dont les marchands ont laissé trop grossir les mémoires, sans en avertir le mari ».

(7) C'est ainsi que Binet (*op. cit.*, p. 77) signale un arrêt du Parlement de Dijon du 8 janvier 1693 rendu « en faveur de Maître N. Guichelet, avocat à la cour, contre Claude Dupelu, marchand à Dijon, qui avait fourni à la femme de cet avocat des étoffes au-dessus de sa condition et de sa fortune ».

(8) Cf. notamment Rouen, 27 décembre 1809 (2 jugements), *D. Rép.*, v^o *Contrat de mariage*, n^o 809, n. 3 ; Trib. Seine, 14 mars 1899 (2 jugements), *D.* 1891.2.259 ; Trib. Seine, 11 mai 1892, *Gaz. Pal.*, 1892.1.782 ; Paris, 5 février 1895, *D.* 1895.2.496 ; Paris, 5 mars 1895, *Gaz. Pal.*, 1895.1.469 ; Trib. Seine, 19 février 1897, *Gaz. Pal.*, 1897.2.257.

Montpellier, 3 novembre 1925, *D.P.* 1927.2.16 ; Lyon, 28 mai 1930, *D.H.* 1931, Som. p. 45 ; Trib. Seine, 27 avril 1931, *D. H.* 1931, p. 374 ; Trib. Seine, 12 octobre 1932, *Gaz. Trib.* 1932.2.234 ; Colmar, 20 avril 1934, *D. H.* 1934, p. 372 ; Paris, 16 novembre 1934, *Gaz. Pal.*, 1934.2.897 ; Trib. Paix Paris, 9 octobre 1936, *Gaz. Pal.* 1936.2.795.

Mais là où commence la difficulté et où la doctrine comme la Jurisprudence se trouvent divisées, c'est lorsqu'il s'agit de fixer les limites de ces pouvoirs. Il est certain que dans la stricte application de la théorie du mandat tacite, la volonté du mari devrait être seule prise en considération et que toute liberté devrait lui être reconnue pour fixer le montant des dépenses que la femme pourrait faire. Mais là encore il faut avouer que bien vite les principes du mandat ont été abandonnés et que la Jurisprudence a organisé les limites des pouvoirs ménagers sur d'autres bases, d'abord fixées pour les cas où la volonté du mari ne se serait pas expressément manifestée, puis bien vite suivies même en présence de la volonté du mari. Protection de la femme qui doit se voir reconnaître un champ d'action indépendant de la volonté changeante du mari, protection des tiers qui doivent pouvoir se rendre compte si la femme passe un acte rentrant dans ses pouvoirs ménagers et si le mari se trouve engagé, telles sont les raisons qui ont poussé la Jurisprudence à objectiver la mesure du mandat domestique, à la rendre ainsi stable et certaine. Ce n'est pas à dire cependant que les tribunaux ont réduit à néant le rôle du mari dans la détermination de cette mesure, mais ils ont fait en sorte de limiter ses possibilités d'action aux prérogatives qui découlent pour lui de sa qualité de chef de famille en lui enlevant tous les droits qu'il pourrait prétendre tirer de sa qualité de mandant. Il nous faudra donc déterminer les éléments qui ont été dégagés par la Jurisprudence comme devant servir de critérium à la mesure des pouvoirs ménagers. Il faut aussi que ces éléments puissent être connus des tiers avec exactitude afin qu'ils ne soient pas déboutés par la suite de leur action contre le mari, des éléments apparents ne correspondant pas avec la réalité ; ce sera l'occasion de nous demander si la mesure des pouvoirs de l'épouse doit être déterminée d'après les éléments réels ou s'il ne faut pas faire prédominer les données apparentes seules connues des tiers.

§ 1. — *Des éléments retenus par la Jurisprudence pour déterminer la mesure des pouvoirs ménagers.*

Il est tout d'abord certaines décisions de Jurisprudence qui, enfermant les pouvoirs ménagers de la femme dans d'étroites limi-

tes, exigent que les actes passés par elle dans ce domaine soient nécessaires ou tout au moins utiles pour pouvoir être apposables au mari.

C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Paris du 18 novembre 1899 (1) décide que la présomption de mandat tacite « ne peut être invoquée qu'autant que les dépenses de la femme étaient indispensables aux besoins du ménage ». Un autre arrêt de la même Cour, en date du 17 juin 1899 (2), avait décidé peu de temps auparavant qu'il appartenait aux tribunaux « d'apprécier... dans quelles limites les dépenses faites par la femme peuvent être considérées plus ou moins rigoureusement comme nécessaires ». Cette seconde décision était d'ailleurs plus large, puisque les tribunaux, d'après elle, pouvaient apprécier « plus ou moins rigoureusement » le caractère de nécessité des dépenses engagées. Ainsi la condition ne nécessitait perdait peu à peu de sa rigueur et s'adaptait aux conditions précises de vie du ménage considéré.

Un second groupe de décisions, d'ailleurs plus récentes, peut prêter à quelques difficultés d'interprétation car, si elles emploient toujours le mot « nécessaires » en parlant des dépenses de la femme, elles paraissent l'entendre de façon différente. Un arrêt rendu par la Cour de Douai le 31 décembre 1928 (3) porte, par exemple, que « le mandat domestique est limité à l'achat de fournitures du ménage et aux commandes nécessaires à l'entretien de la famille ». Nous ne pensons pas qu'il faille prendre dans ces décisions le mot nécessaire dans son sens strict : il désigne plutôt les dépenses intéressant les besoins du ménage ou ceux de la femme qui sont nécessaires pour que le mari exécute son obligation de subvenir aux charges du ménage. Cette correspondance apparaît plus évidente si l'on note que le mot « nécessaire » est employé dans l'article 214 du Code civil, aux termes duquel le mari est obligé de fournir à sa femme « tout ce qui est nécessaire pour les besoins de sa vie selon ses facultés et son état ». Or, nous savons que la Jurisprudence, pour organiser les pouvoirs ménagers de l'épouse, en a fait reposer le fondement sur les articles 212

(1) Paris, 18 novembre 1899, *Gaz. Pal.* 1899.2.597, adoptant les motifs du jugement du Tribunal civil de la Seine du 19 février 1897. Cf. Trib. Seine, 3 juin 1905, D.1905.5.20.

(2) Paris, 17 juin 1899, D.P. 1900.2.105.

(3) Douai, 31 décembre 1928, *Le Droit financier*, 1928, p. 295. Cf. Cass. 1^{re} juin 1929 précité.

et 214 : tant vaut l'obligation d'entretien du mari, tant vaut le mandat présumé de l'épouse. C'est parce que le mari est obligé de subvenir aux besoins de sa femme que la Jurisprudence décide que lorsque la femme contracte, elle agit en vertu d'une délégation maritale. Aussi n'est-il pas étonnant que la Jurisprudence trouve dans l'obligation du mari de subvenir aux charges du ménage la mesure du mandat domestique.

Deux arrêts sont, à ce point de vue, particulièrement significatifs, tant sur la référence de la Jurisprudence aux articles 212 et 214 du Code civil pour déterminer la mesure du mandat domestique que sur le véritable sens donné par les tribunaux au mot nécessaire.

C'est tout d'abord un arrêt de la Cour d'Aix (1) qui, exigeant que les dépenses soient « relativement nécessaires », qu'elles ne dépassent pas la mesure de celles « que, vu la situation, les facultés et l'état du ménage, le mari n'aurait pu dans le trait de temps où elles ont été faites refuser à sa femme sans contrevenir à ses obligations naturelles et aux prescriptions des articles 212, 213 et 214 du code civil », déclare que « le devoir du mari comprend l'obligation de vêtir, entretenir et même orner sa femme et lui procurer les agréments de l'existence ». Interprétation vraiment bien large du terme « nécessaire ».

Un arrêt de la Cour de Paris du 31 janvier 1935 décide que l'acquisition d'un bijou qui n'est pas nécessaire, dans le sens strict du mot, « reste dans les limites du mandat tacite donné par le mari à sa femme pour les besoins du ménage et notamment pour se procurer les choses nécessaires aux besoins de la vie, qu'il était tenu de lui fournir en vertu de l'article 214 » (2).

Itens, pour en terminer avec les décisions qui parlent de dépenses nécessaires, un arrêt de la Cour de Paris du 23 novembre 1936 : « Le mandat ne peut être étendu au delà des limites raisonnables et nécessaires en vue desquels il a été conçu » (3). Le rapprochement des deux mots « raisonnable » et « nécessaire » nous conduit à penser qu'ici également ce dernier qualificatif n'est pas employé dans son sens strict.

(1) Aix, 3 mars 1887, D.P. 1891.I.158.

(2) Paris, 31 janvier 1935, *Gaz. Pal.*, 1935.2.258.

(3) Paris, 23 novembre 1936, *Gaz. Pal.* 1937 ; *Som.* p. 19.

A ces décisions, il convient d'en opposer d'autres qui, pour l'application du mandat domestique, exigent seulement que les dépenses soient utiles. Ainsi le jugement rendu par le tribunal civil de la Seine, le 27 avril 1931, déclare que le mandat domestique doit être limité « aux dépenses nécessaires ou utiles et au profit personnel qu'en a tiré le mari » (1). Cette dernière formule est employée dans d'autres décisions, notamment par les jugements du Tribunal civil de la Seine des 11 mai 1892 et 17 juillet 1897 (2).

Il est certain que, sous ces expressions différentes, les tribunaux en arrivent pratiquement au même résultat et déterminent la mesure du mandat domestique, eu égard à l'obligation d'entretien du mari. Il en est ainsi même de ceux qui permettent à la femme d'engager « les dépenses somptuaires que permettent et qu'exigent quelquefois les relations sociales des époux lorsqu'ils appartiennent à un certain milieu social » (3).

Aussi n'est-il pas étonnant de constater que les tribunaux, dans leurs dernières décisions, ne se préoccupent plus du caractère utile ou nécessaire des actes passés par l'épouse en vertu de ses attributions ménagères. Ils se réfèrent aux éléments qui déterminent l'obligation alimentaire du mari et qui sont indiqués dans l'article 214 par une formule bien connue : « *le mari doit fournir (à sa femme) tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie selon ses facultés et son état* ». Les actes passés par la femme doivent donc être proportionnés avec les ressources du ménage et le rang social des époux.

Ressources pécuniaires et situation sociale, telles sont précisément les deux expressions qui reviennent sans cesse dans la Jurisprudence pour permettre de juger si les actes passés par l'épouse dépassent ou non la mesure que lui permettent ses pouvoirs ménagers.

Parmi toutes les décisions qui se rattachent à cette tendance dominante, il faut mettre au premier plan un arrêt de la Cour de

(1) Trib. Seine, 27 avril 1931, D.H. 1931.374. Cf. Bordeaux, 17 décembre 1913, *Gaz. Trib.*, 12 août 1914 ; Trib. de paix de Toulouse, 26 octobre 1932, D. 1933.2.107.

(2) Trib. Seine, 11 mai 1892, *Gaz. Pal.*, 1892.1.782 ; Trib. Seine, 17 juillet 1897, *Le Droit*, 2 octobre 1897.

(3) Trib. Seine, 9 mars 1897, *La loi*, 13 juillet 1897. Cf. Paris, 22 juillet 1932, *Gaz. Pal.*, 1932.2.379.

Cassation du 1^{er} juin 1929 (1), qui justifie la condamnation du mari au paiement des fournitures de médicaments faites à la femme par cette considération que ces dépenses « sont compatibles avec les moyens pécuniaires du mari ».

Cette double référence avait d'ailleurs été indiquée par les arrêts qui parlaient encore de dépenses nécessaires ou de dépenses utiles, puisque l'arrêt d'Aix, que nous avons cité, déclare que la femme est mandataire du mari pour toutes les dépenses qui correspondent « aux conditions de fortune, d'éducation, de rang et de relations sociales du ménage » (2).

Ainsi nous apparaît une différence fondamentale entre la détermination de l'objet des pouvoirs ménagers de la femme mariée et celle de leur mesure. Alors que, pour l'objet des pouvoirs ménagers, la Jurisprudence ne tient pas compte, en principe, du ménage considéré et, qu'en conséquence, le champ d'application des pouvoirs de l'épouse en surface, déterminé *in abstracto*, est le même pour toutes les femmes mariées, leur mesure est infiniment variable suivant les ménages. Tandis qu'un simple ouvrier ne doit à sa femme et à ses enfants qu'un entretien modeste, en rapport avec la modicité de ses gains et la simplicité des besoins de son milieu de vie, un homme riche et haut placé se verra chargé de leur procurer des jouissances plus raffinées, que comporte sa vie mondaine et qui sont autorisées par sa fortune. C'est ainsi qu'on a pu voir les tribunaux, en ce qui concerne l'achat d'un bijou par la femme (acte rentrant dans l'objet des pouvoirs ménagers), décider un jour que cette acquisition était comprise dans les limites du mandat tacite donné par le mari à sa femme (3) et une autre fois l'annuler, parce que hors de proportion avec la fortune du

(1) Cass. civ., 1^{er} juin 1929, précité.

Cf. Cass. civ., 7 juillet 1896, D. 1898.1.18 ; Trib. Seine, 23 juillet 1897, *Le Droit*, 7 décembre 1897 ; Cass. civ., 17 décembre 1901, D. 1903.1.153 ; Trib. Amiens, 8 janvier 1925, *Gaz. Pal.*, 1925.1.574 ; Paris, 17 juin 1936, *Gaz. Pal.*, 1936.2.437 : « cadre des possibilités pécuniaires du mari » ; Epinal, 4 juillet 1936, *Gaz. Pal.*, 1936.2.437 : « condition des époux ».

(2) Aix, 3 mars 1887, précité.

(3) Paris, 31 janvier 1935, *Gaz. Pal.*, 1935.1.528. Cf. Paris, 22 novembre 1890, D. 1891.1.257, 4^e espèce. Af. Marquis d'Avary. Celui-ci devait payer les dépenses de toilette luxueuse de sa femme, étant donné qu'ils appartenaient, l'un et l'autre, à la haute société parisienne et qu'ils étaient ainsi associés à toute l'élégance de la vie mondaine.

Contra : Paris, 16 novembre 1934, *Gaz. Pal.*, 1934.2.897. Le mari est dégagé du paiement des dettes de luxe commandées par son épouse, étant donné qu'il s'agit de dépenses somptuaires et frivoles, indépendamment de l'examen de la fortune des époux et de leur rang social.

ménage (1) ; il ne se trouvait pourtant aucune contradiction entre ces décisions.

Nos anciens auteurs, comme les juristes les plus modernes, sont d'accord pour approuver une telle discrimination (2).

D'Argentré prévoyant le cas d'une femme mariée achetant des chaussures trop élégantes pour sa situation, prévenait le marchand que cette paire de chaussures, dont il ne se serait pas payé, risquerait de le blesser plus qu'elle ne blesserait le pied de sa cliente.

Si les auteurs modernes sont assez avares de développements, Rodière et Pont écartent du mandat domestique les dépenses superflues de la femme, sans d'ailleurs préciser de critérium qui permette de les déterminer. Mais Demolombe note que l'étendue du mandat « est une question de fait et d'appréciation subordonnée à la position des époux, à leur fortune, à leurs habitudes, à la nature des dépenses, à leur utilité plus ou moins grande ».

Il est d'ailleurs certain que le critérium retenu par la Jurisprudence n'était, à l'origine, qu'un moyen de rechercher les intentions vraisemblables du mari. Lorsqu'on ignorait sa volonté réelle, on la supposait conforme à la consistance de son obligation alimentaire et réglée, par suite, « sur ses facultés et son état ». Mais s'il était prouvé qu'elle était différente, plus large ou plus étroite (3), c'était effectivement à l'aide de cette volonté que devait

(1) Trib. Seine, 12 octobre 1932, *Gaz. Trib.*, 1932.2.234. On peut conclure des attendus de ce jugement que tout achat d'objets de parure ne serait pas annulé, par principe, indépendamment de son montant.

Cf. Le Havre, 27 mai 1932, *Gaz. Trib.*, 1932.II.2.138, qui considère que sont excessifs les achats à crédit de robes, manteaux, chapeaux, pour 7.061 francs en cinq mois, étant donné la situation du mari, chef mécanicien, et la modicité de son salaire, environ 30.000 francs par an. Ces achats, déclare le tribunal, constituent, en partie, des actes de prodigalité.

Certaines décisions paraissent, à première vue, apprécier le montant des dépenses, abstraction faite de la fortune du mari, mais elles sont tellement exagérées qu'il ne peut faire de doute qu'elles sont hors de proportion avec les ressources, sans qu'il soit besoin de préciser ces dernières.

Ainsi : Colmar, 20 avril 1934, D.H. 1934.372 ; Trib. civ. Seine, 22 mars 1933, *Gaz. Trib.*, 1933.II.2.68 : « Attendu qu'en l'espèce, quelle que soit la fortune de S..., il apparaît qu'une fourniture de quatre chapeaux dans le court laps de temps compris entre le 1^{er} juin et le 7 juillet pour 2.350 francs, est quelque peu excessif ». Voir dans le même sens : Montpellier, 3 novembre 1925, D. 1927.2.16.

(2) D'Argentré, Ferrière, Boulhier et Guyot, aux références indiquées page 218.

Rodière et Pont, *loc. cit.*, n° 795 ; Demolombe, *loc. cit.*, n° 170 ; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 341 ; Laurent, *loc. cit.*, n° 108 ; De Loynes, note au D. 1891.2.257 ; Ripert et Boulanger, *op. cit.*, t. I, n° 1817 ; Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, *op. cit.*, t. I, n° 686, p. 640.

(3) Il devrait en être de même lorsque le mari ratifiait, après coup, les dépenses de sa femme : Paris, 18 novembre 1890, D.P. 1891.2.257, ou, lorsque, en ayant eu connais-

être déterminée la mesure du mandat domestique. L'étendue véritable des pouvoirs de l'épouse, établie d'après la volonté exprimée du mari, devait prévaloir sur son étendue présumée, fondé seulement sur des intentions vraisemblables.

Mais, peu à peu, la Jurisprudence a étendu le domaine d'application de ce critérium, et cela par suite d'une considération d'équité que nous avons déjà rencontrée dans l'organisation des pouvoirs ménagers de l'épouse, à savoir la protection des tiers de bonne foi. Nous allons avoir à rechercher comment, sous cette pression, les tribunaux ont été amenés, non seulement à faire prévaloir toujours le critérium objectif sur la volonté réelle du mari, mais aussi à substituer à l'appréciation exacte des facultés et de l'état du mari la situation de fortune et le rang social de celui-ci, tels que les tiers peuvent les connaître, en un mot à faire prédominer la situation apparente sur la situation réelle.

§ 2. — « *Facultés et état du mari* », réels ou apparents.

Toutes les décisions que nous avons rencontrées jusqu'ici apprécient l'importance quantitative des actes passés par la femme d'après la fortune et le rang social réels du ménage.

Mais il en est d'autres qui prennent comme mesure de comparaison, non pas la situation réelle du ménage, mais sa situation apparente. Ils tiennent compte de la situation pécuniaire et du rang social que les tiers ont été légitimement en droit de supposer chez les époux, d'après les signes extérieurs qui leur ont été révélés.

C'est qu'en effet, s'il est difficile aux tiers qui contractent avec la femme pour les besoins du ménage de connaître, avec quelque précision, l'étendue que les intentions du mari attribuent à son pouvoir de représentation, il leur est aussi malaisé de découvrir, même approximativement, l'état de la fortune du mari. Loin de pouvoir le connaître, ils ne pourront porter leur attention que sur les signes extérieurs, apprécier la fortune apparente. Or, il arrive bien souvent que l'état réel et l'état apparent ne concordent pas ;

sance, il ne s'y était pas opposé : Paris, 8 juillet 1925, D.P. 1926.2.77 et Paris, 22 juillet 1932, *Gaz. Trib.*, 1932.2.212.

Dans ces hypothèses, il y aurait encore aujourd'hui application de l'idée de mandat tacite, mais d'un mandat tacite particulier, et non de l'ancien mandat domestique.

bien des ménages mènent un train de vie au-dessus de leur moyen. les uns par facilité coupable, les autres pour des motifs sérieux, tel l'avenir de la profession du mari. Le danger serait grand pour les créanciers de la femme de passer avec celle-ci des contrats correspondant aux apparences de la fortune du ménage. Ils risqueraient de se voir démontrer ensuite par le mari, chiffres en mains, que ces contrats dépassaient les possibilités pécuniaires du ménage et que, par conséquent, il n'en est pas tenu.

Aussi la Jurisprudence a été amenée à élargir la mesure des pouvoirs de l'épouse et à donner aux créanciers action contre le mari toutes les fois que les dépenses engagées par la femme étaient en rapport avec ce que les tiers pouvaient connaître de la situation des époux. La mesure du mandat domestique va se trouver déterminée par les signes extérieurs de fortune, tels que la manière de vivre des époux, leurs habitudes ou les commandes précédemment acquittées par le mari.

Relevons les décisions jurisprudentielles qui sont intervenues en la matière pour rechercher ensuite le fondement de ces solutions et aborder ainsi le *problème de l'apparence* dans le domaine des pouvoirs ménagers de l'épouse.

A. — *Les solutions Jurisprudentielles*

Dès 1813, un arrêt de la Cour de Rennes fait état de l'apparence dans la détermination des dépenses permises à la femme contractant en vertu du mandat domestique. Il décide que le mari doit les payer « lorsqu'elles ne sont pas excessives et qu'elles sont analogues à l'état, à l'aisance et aux habitudes des époux » (1). La Cour de Rennes prend à la fois en considération l'état de fortune réel des époux et leur situation apparente, puisqu'elle parle des habitudes de dépenses que les époux manifestaient.

Le Tribunal de Vouziers considère, le 24 avril 1895, les dépenses « en rapport avec la situation, la manière d'être ordinaire de la famille » (2).

Mais ce n'était jusqu'alors que rarement et timidement que la

(1) Rennes, 11 décembre 1813, S. 1814.2.367.

(2) Vouziers, 24 avril 1895, *Gaz. Pal.*, 1896.1.322. Voir aussi Paris, 31 juillet 1894, *Gaz. Pal.*, 1894.2.426.

Jurisprudence faisait état de la situation apparente. Ce sont quatre jugements rendus à quelques mois d'intervalle par le Tribunal civil de la Seine (1) qui devaient poser nettement, et pour la première fois sous une forme abstraite, le principe de la prise en considération de la situation apparente du ménage.

Les premiers font application du mandat domestique aux dépenses engagées par la femme « en tant qu'elles n'ont rien d'exagérées eu égard à la situation apparente du ménage ».

Le troisième, celui du 15 avril 1897, va jusqu'à déclarer : « Il est de doctrine et de Jurisprudence constante que la femme est investie du mandat tacite du mari pour toutes les dépenses du ménage et, de même, pour les objets qui servent à son usage personnel, pourvu que ces dépenses ne soient pas exagérées et ne dépassent pas les ressources apparentes du ménage. »

La prise en considération de la situation apparente du ménage va, dès lors, se retrouver dans la plupart des décisions postérieures, sans que le principe en soit d'ailleurs toujours parfaitement posé.

Particulièrement intéressant à reproduire est l'arrêt de la Cour de Paris du 2 avril 1903, qui justifie la condamnation qu'il prononce contre le mari sur le fondement du mandat domestique par ce motif « que si les fournitures faites à la femme ne sont point proportionnées à la fortune présente des époux, elles paraissent en rapport avec un train de vie que le mari et la femme ont été d'accord pour ne point modifier et dont ils ont, l'un et l'autre, profité » (2).

Depuis, les décisions en ce sens se sont multipliées, reprenant toutes, sous des formes différentes, la même idée.

« Le mari est tenu... des fournitures somptuaires faites à celle-ci (son épouse) par des tiers, alors que ces fournitures ne dépassent par les ressources apparentes et même réelles du ménage » (3). La Cour de Paris se réfère, le 31 janvier 1935, « à la fortune des époux et au train de vie qu'ils menaient à l'époque où la femme

(1) Trib. Seine, 3 décembre 1895, D. 1896.2.132 ; 8 mars 1897, *La Loi* du 13 juillet 1897 ; 15 avril 1897, *La Loi* du 5 mai 1897 ; 17 juillet 1897, *Le Droit* du 2 octobre 1897.

(2) Paris, 2 avril 1903, *Gaz. Trib.*, 1903.1.2.468.

(3) Paris, 22 juillet 1932, *Gaz. Pal.*, 1932.2.379. Voir Paris, 30 novembre 1933, *Gaz. Pal.*, 1934.2.898. La Cour de Paris a hésité à ne retenir que la fortune apparente des époux comme étalon de la mesure des engagements de la femme.

a fait l'acquisition » (1). Citons enfin un jugement du Tribunal de paix de Paris, du 9 octobre 1936, qui décide que le mari n'est tenu que pour partie des dépenses engagées par sa femme si ces dépenses ne sont point en rapport avec la situation réelle ou tout au moins apparente des époux (2).

Cette prise en considération par les tribunaux de la situation apparente du ménage est, à coup sûr, très favorable aux tiers avec qui la femme vient à contracter pour les besoins du ménage. Mais ici, comme en d'autres matières, la Jurisprudence limite la protection des tiers en faisant application de la maxime : *Jura vigilantibus prosunt* » (3). Et certaines décisions vont limiter plus ou moins l'étendue du mandat domestique, en tenant compte de la bonne foi ou de la mauvaise foi des fournisseurs, de leur prudence ou de leur négligence.

Dès le 18 novembre 1899, un arrêt de la Cour de Paris (4) faisait état de l'imprudence d'un fournisseur qui avait traité avec une femme mariée, pour réduire, dans une forte proportion, sa réclamation à l'égard du mari. Le fournisseur « a commis une imprudence et une faute en fournissant des toilettes d'un prix considérable à une personne dont le mari était notoirement connu pour un prodigue et était pourvu d'un conseil judiciaire, qu'il ne pouvait d'ailleurs pas ignorer que les époux D... habitaient une maison meublée qu'ils n'ont quittée que pour aller demeurer dans une maison louée au nom d'une autre personne ».

Un arrêt de la Cour de Colmar du 20 avril 1934 décide que, pour que le mandat puisse être valablement invoqué, il faut « que la bonne foi des tiers ne souffre aucune équivoque » (5).

La Cour de Paris refuse, le 17 juin 1936, d'étendre le mandat domestique aux fournitures livrées hors du domicile conjugal, le

(1) Paris, 31 janvier 1935, *Gaz. Pal.*, 1935.I.528.

(2) Trib. de paix Paris, 9 octobre 1936, *Gaz. Pal.*, 1936.2.795. Cf. Trib. civ. du Rhône, 31 octobre 1929, D. H. 1930, Som., p. 26.

(3) Bouhier en fait déjà application : si les marchands avaient laissé trop grossir le nombre de ces fournitures sans en avertir le mari, ils ne seraient pas recevables à lui en demander le paiement.

Valin notait : « Bien entendu, il faut que le fournisseur soit d'une réputation entière, qu'il n'ait pas laissé s'accumuler les fournitures sans en donner avis au mari et même qu'il n'ait pas livré, tout d'un coup, une trop grande quantité de marchandises ; autrement il y aurait de sa part une imprudence qui le rendrait suspect ».

(4) Paris, 18 novembre 1899, *Gaz. Pal.*, 1899.2.597. Cf. Trib. civ. Seine, 27 avril 1931, D. H. 1931.374.

(5) Colmar, 20 avril 1934, D.H. 1934.372. Cf. Bordeaux, 17 décembre 1913, *Gaz. Trib.*, 12 août 1914.

fournisseur n'ayant pu, de ce fait, apprécier les possibilités pécuniaires apparentes du mari et l'agrément de celui-ci aux livraisons effectuées (cette dernière raison est, à notre avis, contraire à la majorité des décisions judiciaires) (1).

Nous terminerons cette étude de Jurisprudence en signalant un arrêt particulièrement intéressant de la Cour d'Appel de Lyon, qui note que, si la mesure des pouvoirs ménagers de l'épouse se détermine d'après des circonstances extérieures au mari, la volonté ou mieux le rôle de ce dernier n'est pourtant pas négligeable. Après avoir indiqué que « l'étendue du mandat tacite donné par le mari à sa femme pour les dépenses de communauté et, en particulier, pour les frais de sa toilette, doit nécessairement être envisagée par les tiers en tenant compte des habitudes de vie des époux, de leur rang et de l'opinion qu'ils donnent l'un et l'autre de leurs ressources par leurs manifestations extérieures », cet arrêt précise que, pour autant, la volonté du mari n'est pas réduite à néant, qu'elle se manifeste pour les tiers par les habitudes déjà constituées du ménage (2).

Retenons cette subtile analyse : elle éclaire le problème du fondement adopté par l'ensemble des solutions jurisprudentielles à l'étude duquel nous sommes parvenus.

B. — *Le problème de l'apparence dans le domaine des pouvoirs ménagers de l'épouse.*

Quel jugement porter sur ces solutions ? Est-il vrai que l'on doive tenir compte de la situation apparente et si oui, quelles en sont les raisons ? Faut-il prendre en considération la volonté du

(1) Paris, 17 juin 1936, *Gaz. Pal.*, 1936.2.436.

(2) Lyon, 23 mai 1930, *Monit. judic. de Lyon*, 1931, p. 415, D.H. 1931. Som., p. 45.

Il est peut-être intéressant de noter que le juge belge a adopté le même point de vue que les tribunaux français, peut-être avec la tendance de s'en tenir plus rigoureusement à la condition sociale et aux ressources réelles des époux, et en admettant moins facilement que les apparences de fortune qu'ils se donnent constituent une manifestation tacite de la volonté du mari de dépasser son obligation légale d'entretien. Voir Trib. Bruxelles 6 mai 1891, *Pasicrisie*, 1891.III.289 : « Attendu que le demandeur tente vainement d'invoquer la situation apparente des époux, les relations qu'il leur attribue, la notoriété mondaine créée autour d'eux ; attendu qu'au lieu de s'en référer à ces éléments factices et souvent trompeurs, le demandeur pouvait s'assurer de la nature de leur établissement, qu'il était à même de présumer qu'ils ne vivaient que des pensions que leur fournissaient leurs familles respectives ».

Cf. Liège, 8 janvier 1851, *Pas* 1851.II.327 et Bruxelles, 3 juillet 1890, *Pas*, 1891.II.11, qui tiennent compte du train de vie autorisé sans protestation par le mari, cette situation ayant pu induire les tiers en erreur.

mari ? Telles sont les questions auxquelles nous voudrions répondre.

Pour tous ceux qui voient dans l'obligation d'entretien du mari le fondement des pouvoirs ménagers de l'épouse comme pour ceux qui veulent organiser ces pouvoirs d'après la mission de la femme dans la société conjugale, il est certain que la détermination de leur mesure d'après l'état du ménage et les facultés du mari ne peut souffrir aucune discussion. Plus difficile, par contre, à expliquer est la prise en considération des apparences dans l'estimation de ces données et certains auteurs ont combattu vivement la Jurisprudence sur ce point.

C'est ainsi que Binet (1) présente une critique sévère de cette solution, non pas en ce qu'il entend condamner par là les tendances de la Jurisprudence moderne (il s'en défend vivement), mais parce qu'il estime que le recours à ces apparences est une nouvelle preuve de l'insuffisance de la théorie du mandat tacite qu'on ne peut maintenir qu'au prix de perpétuelles contradictions.

« Si, en effet, écrit-il, le mandat domestique n'est pas un vain mot, et s'il se fonde réellement sur la volonté vérifiée ou présumée du mari, comment comprendre que la mesure de ce mandat ne se recherche pas uniquement dans les intentions réelles ou vraisemblables du mari ? C'est l'auteur de cette concession volontaire qui doit en dicter seul les limites ». Et Binet voit dans le recours à l'apparence une nouvelle tendance des tribunaux à objectiver une concession maritale qui, dans son essence, libre et arbitraire, ne peut être que subjective.

Contentons-nous de signaler, pour l'instant, que cette analyse est peut-être un peu artificielle et que la volonté du mari n'est pas, à coup sûr, complètement méconnue, du moins en temps qu'il s'agit comme chef de la famille. Nous sommes, en tous cas, d'accord avec Binet pour admettre que la volonté du mari mandant n'est, en aucune façon, prise en considération.

MM. Gény et Nast devaient reprendre cette critique et nous ne devons pas en être surpris, puisque ces deux éminents juristes estimaient, dès avant 1912, que les pouvoirs ménagers de l'épouse,

(1) Binet, *op. cit.*, p. 86.

tels qu'ils étaient organisés par la Jurisprudence, ne pouvaient pas s'expliquer par l'idée de mandat tacite (1).

« La nécessité des choses, estime M. GénY (2), a conduit notre pratique à des solutions contrastant violemment avec les décisions logiques de cette conception de mandat. C'est ainsi que, en cas de doute, l'étendue des pouvoirs de la femme se détermine, non pas tant d'après les intentions réelles ou simplement vraisemblables du mari, que d'après l'idée que les tiers peuvent se faire, suivant les circonstances, d'un mandat normal et légitime... Il faut convenir que le concept de mandat ne représente que de façon fort insuffisante les réalités juridiques qu'il prétend diriger ».

M. Nast en arrive à la même conclusion : « Les solutions admises par la Jurisprudence... en ce qui concerne l'étendue du mandat qui est déterminé, non d'après la volonté du mari, mais par la nature de la dépense, la bonne foi des fournisseurs ne peuvent vraiment s'expliquer que par l'idée d'un pouvoir propre confié par la loi elle-même à la femme » (3).

M. Lecomte qui, dans son étude consacrée au mandat domestique, persiste à croire que la théorie du mandat est suffisante pour rendre compte des solutions de la Jurisprudence, s'est efforcé de répondre à ces critiques et de prouver que la prise en considération de la situation apparente des époux n'est pas en contradiction avec l'idée même d'un mandat conféré par le mari à son épouse (4).

Pour ce faire, M. Lecomte a relié ce problème particulier à celui plus général de l'efficacité juridique de l'apparence (5). On sait comment celle-ci a d'abord été proclamé par Josserand qui écrivait : « Celui qui crée la situation apparente en devient en quelque sorte le prisonnier et doit subir les conséquences attachées par la loi à la situation réelle dont elle constitue l'image trompeuse, le mirage ». Ainsi l'apparence mettrait à la charge de celui qui la crée, du mari qui a permis que le train de vie ne correspondit pas

(1) Voir page

(2) GénY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, pp. 250 et s.

(3) Nast, note au *Dalloz*, 1924.2.105. Voir aussi le passage que cet auteur consacre à cette question dans Planiol, Ripert et Nast, t. VIII, n° 568.

(4) Lecomte, *op. cit.*, p. 157.

(5) Consulter sur ce problème général : Josserand, note au *Dalloz* 1934.1.7 ; Ionesco, *Les effets juridiques de l'apparence en droit privé*, Thèse Strasbourg, 1927 ; J.-Ch. Laurent, *L'apparence dans le problème des qualifications juridiques*, Thèse Caen, 1931 ; Cremieu, *Rev. Trim. de Droit Civ.*, 1910, p. 40 ; Esmein, note au S. 1921.1.313 ; Savatier, note au D. 1922.1.201 ; Voirin, notes au D. 1929.2.81 et D. 1929.2.169.

aux ressources pécuniaires réelles, du concubin qui a laissé sa compagne se présenter comme sa femme légitime, les obligations qui lui incomberaient dans la réalité.

Le législateur et les tribunaux ont eu l'occasion de faire application de cette théorie générale dans le domaine du contrat. Il résulte, par exemple, des articles 2005 et 2009 du Code civil que « *même une fois le mandat expiré, les engagements du mandataire sont exécutés à l'égard des tiers qui sont de bonne foi* », et ce « *quelle que soit la cause qui a mis fin au mandat, révocation, renonciation, mort, faillite, survenance d'une incapacité* ». Les tribunaux ont eu, à plusieurs reprises, l'occasion de faire application de cette règle (1).

D'autre part, de nombreuses décisions judiciaires ont admis qu'un mandant devait être tenu envers les tiers des actes passés par son mandataire, alors même qu'ils excéderaient la limite du mandat effectivement donné, s'ils étaient conformes au mandat apparent. M. Lecomte note tout ce que cette Jurisprudence a d'extraordinaire en présence des termes catégoriques de l'article 1.998 du Code civil : « *Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné. Il n'est tenu de ce qui a été fait au delà qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement.* » Ce n'est certes pas à dire que ce texte soit tombé en désuétude (2), et si, dans certaines hypothèses, l'article 1.998 est écarté par les tribunaux, ce n'est pas parce qu'il a perdu de son efficacité, mais parce que la notion d'apparence fait obstacle à son application.

Le raisonnement de M. Lecomte apparaît alors nettement : si, en matière de mandat, la Jurisprudence, faisant application de la notion d'apparence, recule ainsi les limites du mandat, telles qu'elles découlent de la volonté clairement exprimée par le mandant, il n'est pas le motif qui s'oppose à ce qu'il en soit de même dans le domaine du mandat domestique. Dès lors, on peut sans contredire à l'idée de mandat, admettre que la femme engage le mari par des dépenses excédant la volonté présumée de ce der-

(1) Cass., 23 mai 1870, D. 1872.1.310 ; Req., 27 novembre 1861, D. 1862.1.483 ; Trib. de commerce de Grenoble, 11 février 1925, D.H. 1925.343.

(2) Un arrêt assez récent en a fait, à nouveau une stricte application. Cass., Req., 30 décembre 1931, D.H. 1932, p. 65.

nier, telle qu'elle se manifeste dans la situation et la fortune réelles du ménage. La volonté du mandant n'est pas plus sacrifiée dans cette seconde hypothèse que dans la première.

A première vue, ce raisonnement semble impeccable et, s'il l'était vraiment, il est certain que la solution jurisprudentielle n'aurait pas heurté l'idée de mandat tacite. Mais il s'agit de savoir si cette identification existe vraiment.

M. Lecomte a bien senti l'objection qui pouvait être présentée et il a essayé d'y répondre.

Pour découvrir l'objection, il est nécessaire de rechercher à l'aide de quels arguments la consécration, tant légale que jurisprudentielle, de l'apparence, en matière de mandat, se justifie.

D'après MM. Planiol et Ripert (1), les dispositions des articles 2.005 et 2.009 du Code civil s'expliquent par la bonne foi des tiers avec qui le mandataire a contracté. Mais cette explication ne fait encore que reculer la solution du problème. Car la bonne foi, tout comme l'apparence, est une notion que le Code ne consacre que dans des hypothèses particulières. Aussi conviendrait-il de rechercher les raisons qui justifient son application au mandat, en l'absence d'un texte la prévoyant.

Pour M. Savatier, le mandant est réputé en faute s'il n'a pas pris les moyens d'avertir les tiers de la cessation des fonctions du mandataire » (2), en sorte que tenu de réparer le préjudice qui résulte pour les tiers de l'absence de validité des engagements pris par le mandataire, il exécute cette obligation de réparation en supportant la charge de ces engagements, comme s'ils avaient été valablement contractés, en son nom, par le mandataire.

Au cas de révocation du mandat, il est certain que l'imputation d'une faute au mandant paraît justifiée : on peut admettre, en effet, qu'il aurait dû se faire restituer par son mandataire sa procuration, ainsi que le prévoit l'article 2.004 du Code, ou prévenir les tiers de la révocation du mandat : en ne le faisant pas, il a commis une faute de négligence engageant sa responsabilité envers les tiers avec lesquels son mandataire a abusivement traité. On peut retenir d'ailleurs une telle négligence dans tous les cas où le

(1) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. II, §§ 2259 et 2264. Cf. Jossérand, *op. cit.*, § 1422, p. 774.

(2) Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, t. XI, *Le mandat*, § 1501, p. 860.

mandat prend fin autrement que par la mort du mandant ou la survenance d'une incapacité en sa personne.

Mais, dans ces dernières hypothèses, il est difficile de faire grief aux héritiers ou aux représentants légal du mandant de ne pas avoir agi ainsi, alors qu'ils ont pu ignorer l'existence même du mandat. Dans ce cas, l'explication de M. Savatier est insuffisante. Cependant l'examen des travaux préparatoires des articles 2.005 et 2.009 prouve que les rédacteurs du Code n'ont consacré l'efficacité juridique de l'apparence que comme sanction d'une faute mise à la charge du mandant et consistant dans un mauvais choix du mandataire (1).

Est-ce, également, à titre de sanction d'une faute du mandant que la Jurisprudence a reconnu aussi l'efficacité de l'apparence, en matière de dépassement de mandat ?

Les différentes décisions en ce sens peuvent se ranger en deux catégories, les unes consacrant cette efficacité juridique de l'apparence sur le fondement d'une faute imputée au mandant, les autres l'admettant sans faire état d'une faute quelconque.

Les premières se comprennent d'elles-mêmes et ne demandent aucun développement ; le mandat apparent n'est alors qu'un procédé d'indemnisation permettant de sanctionner la faute du mandant et donnant la possibilité aux tiers induits en erreur d'échapper au préjudice que celle-ci leur causerait autrement (2).

Parmi les secondes, il en est certaines qui prennent en considération, non plus la faute du mandant, mais simplement son fait, ses agissements (3), alors que d'autres se contentent d'indiquer que, d'après les circonstances, le tiers devait ou pouvait se méprendre sur les pouvoirs du mandataire avec qui il traitait (4). La Jurisprudence ne fait alors état d'aucune faute commise par le mandant et répute l'apparence efficace par elle-même.

A ne s'en tenir qu'aux derniers arrêts de la Cour de Cassation,

(1) Voir les déclarations du conseiller d'Etat Berlier et du tribun Bertrand de Gréville au *Fenet*, t. XIV, pp. 589, 613 et 614.

(2) Cass. civ., 23 novembre 1903, D. 1906.1.66 ; Req., 14 janvier 1920, S. 1921.2.21 ; Paris, 11 janvier 1928, D.H. 1928.279 ; Civ., 30 décembre 1935, S. 1936.1.145. Cf. Civ., 29 janvier 1934, S. 1934.1.181.

(3) Req., 11 décembre 1901, D. 1903.1.114. Cf. Req., 2 janvier 1904, *La Loi*, 7 mars 1904.

(4) Civ., 11 avril 1876, D. 1879.1.164 ; Alger, 12 mars 1901, D. 1903.2.45 ; Cass., 20 mars 1910, S. 1913.1.297 ; Nice, 1^{er} mai 1922, *Gaz. Trib.*, 1923.2.265 ; Poitiers, 9 mai 1928, *Gaz. Pal.*, 1928.2.109 ; Req., 11 mai 1936, S. 1936.1.223.

on trouve celui de la Chambre civile du 30 décembre 1935, qui fait formellement état d'une faute du mandant, celui de la Chambre des Requêtes du 11 mai 1936, qui se contente de justifier la condamnation du mandant à subir les conséquences du mandat apparent par le fait que « le tiers avait de sérieuses raisons de croire que le mandataire agissait dans la limite de ses pouvoirs » alors que la même Chambre avait, le 14 janvier 1920 (1) fait aussi appel à l'idée de faute.

Sans prétendre attribuer à l'une de ces tendances une prééminence sur l'autre, on peut dire que très souvent, en matière de dépassement de mandat, la Jurisprudence trouve dans la faute du mari le fondement de sa condamnation.

La question qui se pose est, dès lors, de savoir, et c'est à cette condition là seulement que le raisonnement de M. Lecomte serait juste, si la Jurisprudence adopte la même attitude dans le domaine des pouvoirs ménagers de l'épouse lorsqu'elle se réfère à la situation apparente du ménage.

Or, il est frappant de constater qu'aucune des décisions rendues sur la question de la mesure du mandat domestique ne fait allusion à une faute du mari ayant entraîné chez le fournisseur qui a traité avec la femme une erreur sur la véritable situation et la fortune réelle du ménage. Ces décisions, et M. Lecomte doit le reconnaître, admettent pour la plupart l'application de la notion d'apparence, sans tenter une justification quelconque de leur solution (2). Elle se contentent d'affirmer que la mesure du mandat domestique se détermine d'après la situation et la fortune apparentes du ménage.

La question qui se pose est, dès lors, la suivante : comment admettre que l'apparence puisse être assortie d'efficacité juridique, abstraction faite de toute constatation d'une faute commise par le mandant ?

M. Lecomte, en conclusion d'une longue étude de doctrine et

(1) Civ., 30 décembre 1935, précité ; Req., 11 mai 1936, S. 1936.I.223 ; Req., 14 janvier 1920, S. 1920.I.272.

(2) M. Lecomte, *op. cit.*, p. 163, ne trouve que trois décisions qui révèlent un essai de justification. Trib. Seine, 9 mars 1897, *La Loi* du 13 juillet 1897 ; Lyon, 26 mai 1930, *Mon. judic. de Lyon*, 1931, p. 415 : « L'apparence est rendue efficace parce que les tiers ont été conduits à en tenir compte » ; Paris, 2 avril 1903, précité : « Les époux ont profité du train de vie qu'ils ont adopté ».

de Jurisprudence (1), pense qu'en conférant un mandat, le mandant doit prendre toutes les précautions nécessaires pour que les tiers appelés à contracter avec son mandataire ne s'imaginent pas que celui-ci a des pouvoirs plus étendus que ceux qui lui ont été effectivement conférés.

Pour lui, les décisions qui négligent de faire état d'une faute précise du mandant pour le condamner à subir les effets du mandat apparent sont fondées : l'existence même d'une erreur chez les tiers dans l'appréciation des pouvoirs conférés au mandataire avec qui ils ont traité démontre que le mandant n'a pas pris toutes les précautions nécessaires pour éviter que cette erreur ne se produise ; il a donc commis une faute.

L'apparence est toujours, pour M. Lecomte, et en cela nous le suivons complètement, un procédé d'indemnisation. Strictement parlant, on devrait décider que, conformément aux prescriptions de l'article 1.998, le mandant n'est pas engagé, mais qu'il doit indemniser le tiers avec qui le mandataire a contracté, du préjudice que lui cause ce défaut d'engagement. Il est plus simple — et juridiquement aussi exact — de décider, qu'à titre de sanction de la faute qu'il a commise, le mandant n'aura pas le droit d'invoquer l'article 1.998 et sera tenu envers les tiers ; on se trouve en présence d'une responsabilité, sinon contractuelle, du moins délictuelle, à concurrence du mandat apparent auquel les tiers ont pu légitimement croire.

Mais si ce raisonnement nous paraît logique pour expliquer la théorie de l'apparence dans le domaine du mandat, il nous semble difficile de l'appliquer aux pouvoirs ménagers de l'épouse, précisément parce que la Jurisprudence n'a jamais fait mention d'une faute du mari et que, raisonnablement, il nous semble impossible d'en découvrir une.

M. Lecomte soutient le contraire et estime que la faute est plus évidente dans cette hypothèse. Au cas de dépassement d'un mandat ordinaire, le mandant ne pouvait prévoir le plus souvent l'erreur des tiers, le défaut de prévision étant à l'origine du défaut de précautions dont il a à répondre : l'apparence avait été créée à son insu. Au contraire, le mari qui a adopté un train de vie non

(1) M. Lecomte, *op. cit.*, pp. 114 et s.

conforme à son état et à sa fortune réels a créé, pour des fins personnelles, une situation apparente qu'il ne pouvait ignorer ; peut importe qu'il ait agi par vanité, par souci d'amour propre ou pour en tirer des avantages matériels, son train de vie étant susceptible d'accroître son crédit commercial ou ses relations d'affaires. N'est-il pas dès lors normal que les juges se montrent particulièrement sévères à son égard, s'il a négligé de prendre les précautions nécessaires pour empêcher que l'apparence qui sert ses goûts et ses intérêts ne nuise aux tiers, en les induisant en erreur sur ses conditions d'existence véritables ?

Un tel raisonnement nous laisse songeur : comment, en effet, pourrait-on admettre qu'un mari qui désire que son ménage vive sur un certain train de vie, quitte à ce que les dépenses engagées soient momentanément supérieures aux ressources réelles du ménage, prenne les précautions nécessaires pour empêcher la femme de passer les contrats qui assurent la vie du ménage conforme à ses désirs ? Il nous paraît impossible que le mari puisse se voir reprocher une faute puisqu'il a le devoir de déterminer le budget du ménage et, par voie de conséquence, son train de vie : les contrats passés par la femme ne font que correspondre à sa volonté. Nous croyons, pour notre part, qu'il existe une différence capitale entre l'hypothèse du mandat ordinaire et celle des pouvoirs ménagers de l'épouse. Dans le premier cas, il est certain que le mandataire a agi contre la volonté du mandant ; or ici cette certitude, loin d'être réalisée, est détruite. L'erreur de la théorie de M. Lecomte, à nos yeux, est de prétendre que la volonté du mari est de donner mandat à sa femme dans la mesure où il est tenu de l'obligation alimentaire. Ceci nous paraît méconnaître la réalité des choses.

En mettant le train de vie du ménage sur un certain pied, le chef de famille a rempli un devoir de sa fonction. Il a, par là, manifesté sa volonté de donner pouvoir à sa femme de l'engager par tous les actes qui tendraient à assurer ce train de vie. Le mandat domestique de la femme mariée s'étendra donc dans les limites conformes à la volonté du mari.

Que si le mari redoute que sa femme ne se couvre du train de vie adopté antérieurement par le ménage pour passer des actes qui ne correspondent plus avec la volonté du mari, celui-ci devra révoquer les pouvoirs ménagers de la femme, ou, tout au moins, les

limiter. Il pourra lui interdire d'engager des dépenses supérieures à sa situation de fortune réelle, mais il devra en informer les tiers. Si ceux-ci ne sont pas prévenus, le mari pourra se voir reprocher une faute et la théorie de l'apparence interviendra, mais dans le domaine de la révocation du mandat domestique conformément aux articles 2.005 et 2.009 du code. Elle interviendra alors exceptionnellement pour étendre les pouvoirs de la femme en vue de protéger les tiers de bonne foi. N'était-il tout de même pas un peu étonnant de voir, dans la thèse de M. Lecomte, la théorie de l'apparence jouer en principe pour déterminer la mesure du mandat domestique ? On comprend d'ailleurs avec l'explication que nous croyons la plus juste que la Jurisprudence n'ait jamais fait mention d'une faute du mari et se soit référée couramment aux apparences puisqu'elles manifestaient la volonté du mari. Nous évitons aussi la situation scandaleuse qui découle naturellement de la thèse contraire, laquelle aboutit à permettre à un mari habile d'exercer une action en récompense contre les actes de sa femme exagérés par rapport à la situation réelle du ménage, l'extension artificielle que défendent les auteurs qui suivent M. Lecomte ne se présentant qu'à l'égard des tiers et non entre les époux.

Si nous estimons que, dans la théorie du mandat domestique, les pouvoirs de l'épouse voient leur mesure dépendre normalement de la situation et de la fortune apparentes du ménage, telle qu'elles ont pu révéler les intentions du mari à des tiers prudents, que faut-il en déduire avec la théorie du pouvoir de représentation ou celle du pouvoir propre de l'épouse dans le domaine ménager ?

Ces pouvoirs sont déterminés par la loi ; or celle-ci ne peut légiférer que d'une façon générale, indépendante des situations particulières. Deux solutions peuvent donc être envisagées.

La première consiste à donner à la femme pouvoir d'agir dans son champ d'activité de maîtresse de maison, dans la mesure du train de vie du ménage fixé par le mari. Mais elle présente, à notre avis, l'inconvénient de laisser les pouvoirs de la femme trop à la discrétion du mari qui pourrait obliger celle-ci à vivre dans des conditions moins bonnes que celles qui découleraient de la fortune et de la situation du ménage.

Aussi nous préférons adopter la seconde d'après laquelle la

femme aura le pouvoir de faire tous les actes de maîtresse de maison dans la mesure des facultés et de l'état réels du ménage. C'est là un minimum qui lui est assuré par la loi. Qui si le mari décide de faire vivre son ménage d'après un train de vie supérieur, les apparences qui en résulteront seront les signes d'un mandat tacite particulier donné par le mari à sa femme et soumis aux règles du mandat, notamment à celles de révocation des articles 2005 et 2009.

Nous croyons que cette solution présente des résultats heureux quant aux conséquences des actes passés par la femme. Il est normal que les dettes alimentaires du ménage soient supportées par les deux époux le cas échéant, alors qu'il est naturel que les dettes en quelque sorte somptuaires soient supportées par le mari qui en a profité, soit qu'elles répondent à ses goûts de plaisir, soit qu'elles servent ses intérêts personnels.

Elle nous paraît aussi cadrer avec les solutions nécessaires dans les hypothèses de séparation de fait. La Jurisprudence décide que, dans ce cas, l'étalon de mesure des dépenses de la femme que le mari est tenu d'acquitter est constitué par la situation réelle du mari ; il ne peut en être autrement, car le mari n'a pu vouloir dépasser ce qui lui était imposé par son obligation d'entretien (1).

Indiquons, pour terminer, les conséquences des limites imposées aux pouvoirs de la femme. Lorsque les dettes contractées par celles-ci sont excessives, elles doivent être réduites par les tribunaux dans la mesure où elles excèdent les pouvoirs de la femme, donc seulement annulées pour partie ; la Jurisprudence doit apprécier souverainement la somme à laquelle le mari doit être condamné (2). Cependant lorsqu'il est possible de revenir en arrière en annulant l'opération qui a fait naître la dépense exagérée, les tribunaux s'arrêtent de préférence à cette solution. Celle-ci a souvent été suivie en matière d'achats par la femme de bijoux d'une valeur exagérée.

Nous voyons donc dans qu'elle mesure le chef de famille peut intervenir dans la détermination de la mesure des pouvoirs ménagers de l'épouse. Ceux-ci sont bien fixés par la loi d'une manière objective mais le mari peut donner à la femme le pouvoir de faire des

(1) Trib. civ. Valence, 2 juillet 1933, *Gaz. Pal.*, 1933.2.538.

(2) Trib. Lyon, 31 octobre 1929, *La Loi*, 1^{er} février 1930 ; Trib. Rennes, 12 juin 1911, *Gaz. Pal.*, 1911.2.457.

actes dépassant ce minimum garanti à l'épouse ; le mandat tacite particulier qui est à l'origine de cette augmentation de pouvoirs se déduit du train de vie, des apparences de situation et de fortune du ménage.

Ayant ainsi fixé le rôle du chef de famille dans la détermination des pouvoirs ménagers de l'épouse, il nous faut rechercher maintenant si ces pouvoirs lui sont reconnus d'une manière immuable et hors de portée de la volonté du mari ou si celui-ci peut les lui retirer ou les limiter.

SECTION II

L'intervention du chef de famille dans le retrait des pouvoirs ménagers

La mari peut-il limiter ou même retirer à sa femme ses pouvoirs domestiques ?

Avec la théorie du mandat tacite, l'intervention du mari ne fait aucune difficulté : auteur de la concession faite à son épouse, il peut, quand bon lui semble, reprendre en mains l'exercice de tous les actes ménagers et supprimer ainsi ou tout au moins limiter l'activité de l'épouse. Le mari reste toujours maître de faire prévaloir sa volonté véritable sur les intentions qu'on lui prête et de restreindre ou de supprimer le pouvoir de représentation de son épouse : « Quoique la nature, dit Toullier (1), semble appeler la femme au gouvernement intérieur du ménage, le mari n'en reste pas moins le seul chef, le seul maître de la communauté, en sorte que le prétendu droit de la femme n'est réellement fondé que sur la tolérance, sur le consentement tacite du mari, qui peut toujours empêcher sa femme de faire aucune emplette pour le ménage, les faire lui-même ou les faire faire par d'autres, permettre à la femme d'en faire d'une certaine nature et interdire les autres, en un mot, limiter ou étendre ses pouvoirs comme il lui plaît ». Ce n'est, en vérité, que l'application au mandat domestique de l'article 2003 : « Tout mandat est révocable à la volonté du mandant et la volonté antérieure de celui-ci ne le lie nullement pour l'avenir ». Aussi

(1) Toullier, *op. cit.*

n'est-il pas étonnant de constater que l'on admettait généralement, avant 1942 et en l'absence de solutions de Jurisprudence, que le droit du mari devait être considéré comme discrétionnaire.

Si théoriquement les pouvoirs de révocation étaient illimités, ils se trouvaient, en fait, réduits en raison d'une considération que nous avons rencontrée à plusieurs reprises, la protection des tiers de bonne foi dont les tribunaux ont entendu sauvegarder les intérêts. C'est là un exemple de la tendance des tribunaux de protéger surtout les fournisseurs de bonne foi du ménage ; la femme ne profite qu'indirectement de cette œuvre jurisprudentielle par l'intermédiaire des limitations ainsi apportées aux droits du mari. Il nous faudra rechercher quelles ont été les conséquences de cette idée de protection des créanciers contre un retrait des pouvoirs de la femme dont ils n'auraient pas eu connaissance.

Mais il n'en restait pas moins qu'à l'égard de la femme le principe de la pleine liberté du mari demeurerait. Or, pour logique qu'elle fût, cette solution aboutissait à laisser les pouvoirs de l'épouse à la merci du bon plaisir du mari. Par désir de la contrarier ou par caprice, celui-ci pouvait lui retirer les pouvoirs qu'elle détenait pour le plus grand profit de la famille et qu'elle avait seule les aptitudes requises pour utiliser. Cette remarque nous prouve, une fois de plus, toute l'insuffisance de la théorie du mandat tacite, non seulement en ce qui concerne la sauvegarde des intérêts de la femme, mais aussi en ce qui touche les intérêts de la famille.

Ce n'est pas à dire qu'avec la théorie du pouvoir propre que nous préconisons, le mari ne va plus devoir intervenir pour retirer ou limiter les pouvoirs ménagers de son épouse. Mais il ne pourra plus agir en qualité de mandant, il interviendra en tant que chef de famille. Cette différence de fondement va entraîner des conséquences capitales dans les possibilités d'intervention du mari. Celui-ci ne pourra en user que pour la protection des intérêts de la famille et la femme devra avoir à sa disposition un recours devant les tribunaux pour être autorisée à passer outre si le mari a abusé de ses prérogatives.

C'est précisément pour bien marquer cette évolution que nous préférons ne plus parler du droit de revendication du mari, expression qui pourrait faire naître une confusion dans certains esprits,

car on ne peut révoquer que ce que l'on a soi-même accordé. Or nous savons que le pouvoir de représentation ou le pouvoir propre est attribué à l'épouse par l'effet de la loi ; il ne peut dès lors être question pour le mari de le révoquer.

Certains auteurs, tel Binet, ont estimé qu'ainsi réglementés, les pouvoirs du mari étaient encore trop considérables. La femme ayant un pouvoir légal, seule l'autorité sociale qui le lui a conféré devrait pouvoir le lui retirer ; le mari serait incapable d'atteindre seul ce but. Nous aurons à examiner ces critiques et à indiquer comment doit être réglementée l'intervention du mari afin que soient sauvegardés les droits légitimes de l'épouse.

L'étude de l'intervention du mari dans le retrait des pouvoirs ménagers de l'épouse se ramène donc à l'élaboration d'un régime qui soit conforme aux nécessités d'une double conciliation : celle des droits du chef de famille, d'une part avec la sécurité des tiers, d'autre part avec le respect des droits de la femme.

Nous rechercherons comment ce but a été atteint en suivant l'ordre historique dans lequel ces deux problèmes se sont posés à l'attention des juristes.

§ 1. — *L'intervention du mari et la protection des tiers - de bonne foi*

Il nous semble bon de rappeler les termes dans lesquels le problème se posait à la Jurisprudence : la femme contractait pour les besoins du ménage avec des fournisseurs qui ignoraient que le mari avait précédemment retiré à la femme ses pouvoirs ménagers. Les créanciers étaient fondés à croire tout naturellement que la femme avait qualité pour engager le mari conformément aux présomptions logiques et aux habitudes normales. Il paraissait dans ces conditions injuste, si rien ne venait les avertir d'un état de choses contraire, de les faire souffrir d'une organisation de fait des rapports conjugaux qu'ils ignoraient. On ne pouvait les priver de leur recours contre le mari. Nous aurons à exposer comment la Jurisprudence en était venue ainsi à déclarer, presque unanimement, que le retrait de pouvoirs de la femme par le mari ne pouvait être opposé par ce dernier aux créanciers de bonne foi.

Mais il est certain que par le fait même et étant donnée la grande

difficulté pour le mari de prévenir les tiers, on a limité les possibilités d'action du mari. Nous aurons à exposer les modes de publicité que celui-ci a à sa disposition pour échapper à l'application de ce principe jurisprudentiel, puis à indiquer les réformes qui nous paraissent souhaitables en la matière pour que, dans le cas où sa raison d'être est certaine, la prérogative du mari, aujourd'hui du chef de famille, (car à l'égard des tiers, le problème se pose dans les mêmes conditions), ne soit point un vain mot, une mesure sans efficacité réelle.

A. — *Le principe de la non-opposabilité de l'intervention du mari à l'égard des créanciers de bonne foi.*

Dans l'ancien droit, la question de savoir si la révocation du mari pouvait être opposée même aux tiers de bonne foi était très controversée ; mais l'opinion dominante tendait plutôt à appliquer à leur égard le mandat, en dépit des intentions contraires du mari. Le Parlement de Paris, par une Jurisprudence d'ailleurs peu ferme, faisait seul prédominer la volonté du mari. Par deux arrêts du 26 août 1724, rendu en faveur du sieur Thibaut, et de 1727, favorable au Prince de Lambesc (1), ce Parlement déchargeait le mari, qui avait révoqué le mandat, de toute poursuite, même de la part des fournisseurs qui avaient ignoré la révocation au moment où ils avaient passé les contrats de fournitures avec l'épouse. Un arrêt du même Parlement devait, le 6 juin 1766, adopter la solution contraire.

Dans la doctrine, l'opinion dominante était favorable à l'application du mandat, en considération de la bonne foi des fournisseurs. La Ferrière fait remarquer « qu'un marchand ne peut pas savoir si le mari donne à sa femme de l'argent pour payer comptant la dépense (2) ». Valin, après une discussion longue et approfondie, au cours de laquelle il note qu'on ne trouve aucun motif qui puisse amener à reprocher au marchand d'avoir passé le contrat, et sans méconnaître que cette solution peut entraîner pour le ménage des dépenses excessives que le mari aura bien de la peine à faire cesser, écrit : « Tout bien considéré, s'il faut que quelqu'un souffre

(1) Guyot, *Répertoire de Jurisprudence*, v^o *Autorisation*, section VII, n^o 7.

(2) La Ferrière, *op. cit.*, 2^e éd., t. III, tit. IX, art. 223, glose 2, n^o 72.

de la mauvaise conduite d'une femme en pareil cas, il vaut mieux que ce soit le mari que le marchand qui a livré sa marchandise de bonne foi » (1). Peut-être ne faudrait-il pas pousser ce raisonnement trop loin, car c'est toute la famille qui pourrait avoir à pâtir d'une activité désordonnée de la femme : si la prérogative du mari doit voir son champ d'action limité par le fondement de son autorité, son efficacité doit être alors pleinement assurée. On pourrait hésiter à voir reconnaître aux pouvoirs ménagers de l'épouse une importance telle que celle que nous préconisons, si l'on pouvait craindre que le jour où ces pouvoirs viendraient à être mal utilisés par l'épouse, ils se retourneraient contre la famille impuissante à les supprimer.

Les auteurs modernes ont, à leur tour, adopté le principe de l'opposabilité de la révocation du mandat domestique aux fournisseurs du ménage de bonne foi. Tous reconnaissent que les tiers ont un droit acquis, de par les présomptions logique et la coutume régnante à compter sur le mari ; ils décident, par exemple, que le mari n'est pas recevable, pour se soustraire au paiement des dettes contractées par la femme, à arguer du fait qu'il a remis à cette dernière les subsides nécessaires pour solder ces emplettes au comptant, si les tiers n'ont pas eu connaissance de cette décision. Si le mari ne veut pas que sa femme prenne des fournitures au crédit, si même il entend lui dénier tout pouvoir en matière domestique, il doit faire connaître aux tiers sa volonté par une déclaration formelle qui seule le mettra à l'abri de toute responsabilité (2).

Ce n'est là que l'application des règles du mandat. Le mari peut à sa guise supprimer le pouvoir de l'épouse qui repose sur sa seule volonté et la Jurisprudence l'a proclamé expressément (3). Mais cette révocation, pour pouvoir être opposable aux tiers, ne doit pas se borner à un ordre donné à l'épouse de cesser d'engager le mari par ses contrats ; elle doit être portée à la connaissance des

(1) Valin, *op. cit.*, t. I, art. XXIII, n° 14 sq.

(2) Toullier, *loc. cit.*, n° 271 ; Rodière et Pont, *loc. cit.*, n° 794 ; Dalloz, *répertoire*, v° *Contrat de mariage*, n° 1019 ; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 341 ; Guillaouard, *loc. cit.*, n° 871 ; Iluc, *loc. cit.*, n° 152 ; Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, *loc. cit.*, n° 500.

(3) Rennes, 11 décembre 1813, S. 1^{re} série, 4^e vol., 2.508 ; Trib. Versailles, 16 juillet 1873 et Paris, 11 mai 1874, D. 1875.2.41 ; Civ. Cass., 12 janvier 1874, D. 1874.1.153 ; Besançon, 15 juillet 1874, D. 1874.2.219 ; Aix, 3 mars 1887, et Civ. req., 16 juillet 1889, D. 1891.1.158 ; Poitiers, 23 décembre 1889, D. 1890.2.360 ; Trib. Vouziers, 24 avril 1895, *Gaz. Pal.*, 1896.1.322. *Contra*, seulement, Dijon, 10 juillet 1872, D. 1874.1.153.

tiers avec qui la femme a l'habitude de contracter. Sinon ceux-ci pourront exciper de leur bonne foi et exiger l'application du mandat, dont rien ne leur a indiqué l'inexistence. Cela est pleinement conforme aux termes de l'article 2.005 du Code Civil et constitue bien, ainsi que nous l'avons montré, une application rigoureuse de la théorie de l'apparence, le mari ayant commis une faute en ne prévenant pas les tiers et en maintenant une situation qui ne correspond pas à ses volontés.

La Jurisprudence a appliqué les mêmes principes lorsqu'elle a admis parfois que la séparation des époux entraînait révocation du mandat. Elle exigeait que les tiers aient eu connaissance de la nouvelle organisation des rapports conjugaux qui entraînait suppression du mandat, pour les empêcher d'exercer un recours contre le mari (1).

Il est cependant quelques décisions qui, dans l'hypothèse de séparation de fait, ont été plus sévères à l'égard des tiers. Elles ont estimé que la disparition du mandat pouvait alors être opposée même aux tiers de bonne foi, réputés en faute, pour avoir commis l'imprudence de ne s'être pas préoccupés de la situation de la femme. Ainsi un arrêt de Besançon du 25 juillet 1866 (2) a décidé « que le mandat domestique ne peut être supposé lorsque la femme a une habitation séparée » et « il incombe aux tiers de connaître la condition des personnes auxquelles ils font des fournitures à crédit ».

Bien que cette question ait perdu de son intérêt aujourd'hui, la séparation n'étant plus admise en elle-même comme cause de disparition des pouvoirs de la femme indépendamment d'une manifestation de volonté du mari, cette solution nous paraît devoir être condamnée. On ne peut exiger des tiers qu'ils se renseignent pour la plus minime fourniture de la situation de la femme ; cela pourrait gêner les époux, la femme devant à chaque instant étaler l'état de ses relations avec son mari. L'épouse doit être, à leurs yeux, investie des pouvoirs ménagers jusqu'au moment où ils sont avertis de leur disparition. Ainsi en a décidé d'ailleurs le tribunal de paix

(1) Paris, 22 novembre 1889, D. 1891.2.257 ; Trib. Seine, 17 juin 1893, *Gaz. Pal.*, 1893.2.232 ; Paris, 30 décembre 1896, D. 1897.2.310 ; Paris, 25 mai 1898, D. 1899.2.309 ; Riom, 6 avril 1895, D. 1896.2.280 ; Trib. Amiens, 8 janvier 1925, *Gaz. Pal.*, 1925.1.574.

(2) Besançon, 25 juillet 1866, D. 1866.2.150 ; Trib. Lyon, 7 décembre 1901, *Gaz. Pal.*, 1902.1.63.

de Paris (4^e arrondissement), le 5 octobre 1906 : « Les tiers ne sont pas obligés de rechercher si les relations des époux autorisent encore la présomption de mandat ou si elles font considérer celui-ci comme révoqué... il n'est possible de leur dénier action contre le mari que s'ils ont eu, par une voie quelconque, connaissance du retrait de la commission ménagère » (1).

Tout ce que l'on peut admettre, c'est que, si les tiers ne sont pas obligés de se renseigner sur l'état des relations entre les époux, ils doivent cependant prendre un minimum de précautions, l'état de séparation se révélant par des faits extérieurs à l'inverse du retrait des pouvoirs par le mari. C'est ainsi qu'un jugement du tribunal civil de la Seine du 17 juin 1893 déclare que, « si le fournisseur n'était pas informé de la séparation des époux, il aurait dû la soupçonner à raison de certains indices, telle notamment la livraison des marchandises en dehors du domicile conjugal, qu'il a donc commis une imprudence qui justifie l'exclusion de son recours contre le mari » (2).

La Cour de Paris a même étendu cette solution à une femme séparée de bien qui exerçait un commerce séparé et qui se faisait livrer et facturer les marchandises à son adresse commerciale, distincte du domicile conjugal : « le fournisseur n'ayant pu sérieusement prendre en considération la qualité de femme mariée de sa cliente et croire pouvoir compter sur le mari pour assurer le paiement de sa facture » (3).

Nous nous sommes étendus sur ces décisions parce qu'elles nous permettent de saisir l'application de la maxime « Jura vigilantibus præsunt » dans la théorie de l'apparence.

La protection des tiers de bonne foi va se poser encore au cas où le mari verse à sa femme séparée une pension alimentaire, entendant par là se décharger de toute dette contractée par elle pour ses besoins. Le versement de la pension équivaut à une révocation des pouvoirs ménagers de l'épouse (4) qui, pour sa validité, est soumise aux règles ordinaires de révocation ; mais cette

(1) Trib. paix, Paris, 5 octobre 1906, *Gaz. Trib.*, 1907.2.120.

(2) Trib. Seine, 17 juin 1893, *Gaz. Pal.*, 1893.2.232.

(3) Paris, 17 juin 1936, *Gaz. Pal.*, 1936.2.437. Cf. Trib. Seine, 27 avril 1931, D.H. 1931.374.

(4) Paris, 11 mai 1874, D. 1875.2.41 et 9 décembre 1895, D.P. 1896.2.133 ; Paris, 25 mai 1898, D. P. 1899.2.309 ; Trib. Paix Paris, 11 février 1910, *Gaz. Trib.*, 1913.II.2.50.

organisation entre époux doit être connue des tiers pour leur être opposable (1).

Avec la théorie du pouvoir propre, les cas de révocation sont, nous le verrons bientôt, moins nombreux, mais la protection des tiers de bonne foi jouera de façon semblable dans les hypothèses où le mari aura valablement révoqué les pouvoirs ménagers dans l'intérêt de la famille. L'article 220 a consacré expressément le principe : « *Les actes ainsi accomplis par la femme obligent le mari envers les tiers à moins qu'il n'ait retiré à la femme le pouvoir de faire les actes dont il s'agit et que les tiers aient eu personnellement connaissance de ce retrait au moment où ils ont traité avec elle* ». Les articles 2.005 et 2.009 du Code Civil ne peuvent plus certes recevoir application, mais la théorie de l'apparence va jouer dans les mêmes conditions.

La question se pose de savoir quels sont les moyens qui sont mis à la disposition du mari pour faire connaître aux tiers la révocation des pouvoirs ménagers de son épouse et la rendre ainsi effective. Nous allons voir comment, précisément, leur insuffisance a limité, même avec la théorie du mandat tacite, la possibilité pour le mari, en théorie illimitée, de retirer à sa femme ses pouvoirs.

B. — De la publicité du retrait des pouvoirs ménagers par le mari.

Le droit français n'ayant pas consacré légalement les pouvoirs ménagers de l'épouse n'a pu évidemment soumettre la révocation du mari à quelque forme de publicité que ce soit, et cela à la différence du droit allemand qui a prévu son inscription sur le registre du régime des biens, « *Güterrechtsregister* » (2), et du droit alsacien-lorrain selon le quel lorsqu'edeux époux étaient domiciliés en Alsace ou en Lorraine, la révocation n'était opposable aux tiers de bonne foi que si elle avait été mentionnée au registre matrimonial loi du 1^{er} juin 1924, art. 30, al. 5 et art. 34).

Devant cette absence de publicité officielle, la Jurisprudence a été amenée à exiger que la révocation soit efficace, c'est-à-dire que le fournisseur en soit effectivement prévenu, quel que soit d'ailleurs

(1) Paris, 22 décembre 1889 et 7 mars 1890, D. 1891.2.257 ; Trib. Amiens, 8 janvier 1925, Gaz. Pal., 1925.1.574 ; Pau, 30 novembre 1933, Gaz. Pal., 1934.2.898.

(2) Cf. Isoré, *Revue générale du droit*, 1919, p. 87.

le moyen employé par le mari pour parvenir à ce résultat. La bonne foi étant présumée, la preuve de la connaissance de la révocation est à la charge du mari (1). Puisque la loi du 22 septembre 1942, tout en faisant application de l'idée de protection des tiers de bonne foi, n'a pas organisé de publicité spéciale de la révocation, les solutions antérieures de la Jurisprudence gardent aujourd'hui toute leur valeur.

Or, si nous approfondissons les règles dégagées peu à peu par les tribunaux, nous voyons que ceux-ci ont été amenés à formuler les solutions suivantes.

Tout d'abord, il faut en principe un avertissement individuel adressé par le mari à chacun des fournisseurs, un mode de publicité générale par voie de journaux, par exemple, étant insuffisant, car rien ne prouve que le fournisseur qui réclame le paiement les a lus et que l'annonce lui est tombée sous les yeux, en un mot rien ne démontre qu'il ait été effectivement prévenu.

Cependant, la révocation du mandat n'étant soumise officiellement à aucune mesure de publicité, on ne peut refuser au mari le droit de prouver que, dans l'espèce, malgré qu'il ait omis d'envoyer un avertissement au fournisseur poursuivant, celui-ci connaissait effectivement l'initiative prise par le mari au sujet des pouvoirs ménagers de son épouse. C'est ainsi que plusieurs décisions judiciaires (2) ont admis que, si dans les grandes villes, il peut être impossible au mari de démontrer la mauvaise foi des fournisseurs autrement qu'en rapportant la preuve que les notifications autrement qu'en rapportant la preuve que les notifications individuelles ont bien été faites, « dans les petites villes où il n'y a qu'un ou deux journaux et où d'ailleurs la renommée se charge de compléter leur publicité, on pourra admettre que l'avertissement par voie des journaux est suffisante, car il a dû être connu des fournisseurs ».

On comprend que, dans ces conditions, la Jurisprudence en soit arrivée à réduire souvent à néant les possibilités d'action du mari, tout au moins à l'égard des tiers (3). Les formalités de publicité

(1) Trib. Amiens, 8 janvier 1925, précité.

(2) Cass. civ., 12 juillet 1874 précité ; Besançon, 15 juillet 1874 et Poitiers, 23 décembre 1899, précités.

(3) Il est bien certain, en effet, qu'entre les époux la révocation du mari, connue de la femme, suffit et que le mari aura une action en récompense pour les dépenses contractées par la femme qu'il aura dû payer.

imposées au mari par la Jurisprudence et la doctrine ne sont pas pour lui une simple gêne dans l'exercice de son droit de révocation, elles aboutissent souvent à une paralysie complète.

Sans parler, en effet, de quelques décisions isolées qui cherchent, malgré les notifications les plus nettes d'une volonté contraire, à maintenir à tout prix le mandat du mari (1), et en considérant seulement l'ensemble de la Jurisprudence et de la doctrine, qui admet l'efficacité des avertissements donnés aux tiers, encore faut-il que le mari puisse atteindre tous les intéressés et c'est ce qui, dans beaucoup de cas, lui est impossible. Il pourra bien défendre aux fournisseurs habituels de la femme de ne rien lui donner à crédit. Mais celle-ci n'aura qu'à recourir à d'autres marchands et, quelque soin que prenne le mari de rechercher et de prévenir tous les fournisseurs possibles de la femme, celle-ci, dans une grande ville principalement, découvrira toujours des négociants qui auront échappé aux prévisions du mari. Ce dernier finira donc, quoi qu'il fasse, par être tenu malgré lui à l'égard des fournisseurs.

Cet inconvénient demeure avec la théorie du pouvoir propre, le mari puisant dans sa qualité de chef de famille la possibilité de révoquer les pouvoirs ménagers de son épouse dans l'intérêt de la famille. Si les cas de révocation sont plus rares, il n'en n'est pas moins certain que le respect de la décision du mari doit être assuré encore plus efficacement puisque le bien commun est en jeu.

Il est donc nécessaire de trouver un mode de publicité qui, une fois rempli, prémunirait le mari contre tout recours des tiers qui n'auraient plus alors la possibilité de se prétendre de bonne foi.

Il faut essayer de trouver une solution à ce problème et les législations étrangères peuvent peut-être donner, en cette matière, des indications utiles.

Le code Allemand de 1896, tout en faisant des pouvoirs ménagers de l'épouse une prérogative conférée par l'autorité sociale, n'en a pas moins attribué au mari, chef de famille, le droit de restreindre les pouvoirs de la femme, même de les exclure. Tel est l'objet du deuxième alinéa de l'article 1357 du Code Allemand. Seulement pour ce qui est de l'effet de cette révocation à l'égard des tiers, le code a prévu une publicité officielle qui peut la leur rendre

(1) Dijon, 11 juillet 1872, D. 1874.1.153 ; Aix, 3 mars 1887, D.P. 1891.1.158.

opposable : « *vis-à-vis des tiers*, déclare l'article 1357, *la restriction ou l'exclusion n'ont d'effet que dans la mesure fixée par l'article 1435.* ». Or ce dernier texte, relatif à l'exclusion ou aux modifications du régime légal des biens par contrat de mariage ou par acte postérieur, met à la disposition du mari un moyen général de notification de sa volonté : c'est une inscription sur « le registre du régime des biens ». Institué à l'exemple de certaines législations régionales et à l'imitation du registre de commerce, c'est un registre public tenu au tribunal de baillage et contenant toutes les stipulations concernant le régime des biens entre époux, sur lequel le mari doit aussi faire mention de la mesure par laquelle il refuse ou révoque son consentement à l'exercice par la femme d'une profession séparée, et de la révocation ou de la limitation des pouvoirs ménagers. Moyennant cette publication unique et facile, les tiers seront censés prévenus des modifications apportées aux pouvoirs de l'épouse et ne pourront plus exciper de leur bonne foi. C'est là une réglementation heureuse et une supériorité marquée sur le système français des notifications.

Ainsi la volonté du mari est rendue effective et ce n'est que dans le cas où cette formalité fait défaut que les tiers pourront prétendre n'avoir pas eu connaissance de la volonté du mari et se prévaloir de l'étendue normale de la Schlüsselgewalt. Cela est applicable notamment au cas fréquent où le mari donne à sa femme l'argent comptant nécessaire aux dépenses du ménage dans l'intention bien arrêtée de ne pas être engagé par les dépenses à crédit que celle-ci pourrait faire. S'il n'a pas pris soin de publier cette intention, il sera tenu d'acquitter les obligations ménagères. Les effets du pouvoir domestique de l'épouse sont ainsi prorogés artificiellement au regard des tiers, comme si l'on se trouvait encore dans sa zone d'action. Mais, en réalité, ce pouvoir ne fonctionne plus : la cause directe des effets produits n'est plus la Schlüsselgewalt, mais la décision de la loi, protectrice des intérêts des tiers.

Quant au Code Civil suisse, il a bien réservé les droits des tiers de bonne foi et le mari doit prévenir expressément les fournisseurs de sa femme, mais il n'a pas mis à sa disposition un moyen de publicité légal créant à leur encontre une présomption de mauvaise foi. Le droit suisse présente donc la même lacune que le droit français.

Le remède à la situation présente nous paraît donc se trouver dans l'organisation d'une publicité à l'aide d'un registre spécial analogue au registre des biens du droit allemand, et où serait inscrit, d'une manière générale, tout ce qui concerne la situation pécuniaire des époux. Toutefois, ce point étant intimement lié à la réforme de la publicité du contrat de mariage ne peut être abordé sans entraîner une discussion de cette dernière question, laquelle ne peut rentrer dans les limites de notre sujet.

On pourrait songer aussi à pourvoir la femme d'un livret de capacité civile sur lequel serait indiquée, le cas échéant, la révocation ou la limitation par le mari de ses pouvoirs ménagers. La création d'un tel livret a d'ailleurs fait l'objet d'une proposition de loi de M. Portman, déposée sur le bureau du Sénat le 10 février 1937 (1).

Mais il ne s'agit là que de réformes futures, certes très souhaitables, mais qui demandent encore un examen approfondi. En attendant, peut-être pourrait-on décréter, pour les modifications touchant au pouvoir domestique, une publicité particulière semblable à celle qu'organisent pour les demandes de séparation de biens, les articles 866 et 869, et qui consisterait essentiellement en affichages dans les auditoires des tribunaux et dans les chambres d'avoués et de notaires, et, en outre, en insertions dans les journaux locaux ; par là les tiers seraient présumés avoir connu les modifications des pouvoirs de l'épouse et verraient leurs actions contre le mari et la communauté se régler en conséquence.

Une publicité officielle, quelle qu'en soit la réglementation détaillée, nous paraît donc la réforme indispensable pour assurer le respect des intérêts des tiers et de la prérogative du chef de famille.

Si la protection des tiers de bonne foi a amené la jurisprudence à limiter souvent les effets de la révocation du mari, il n'en demeure pas moins vrai qu'en théorie le pouvoir du mari demeure jusque-là illimité, arbitraire et met la femme à la merci de la volonté de celui-ci. Il est bien certain qu'une telle conception ne peut cadrer avec l'idée de pouvoir légal et que l'apparition de ce fondement aux pouvoirs ménagers de l'épouse devait amener de profondes modifications dans l'organisation du pouvoir de retrait ou de limitation

(1) J. O. *Débats parlementaires*, Sénat, 1937, p. 127, n° 10. Voir aussi *Le Temps* du 16 février 1937, p. 3, col. 6.

du mari. Elles devaient tendre à concilier les prérogatives du chef de famille et les droits de la femme. Le moment est venu de les examiner.

§ 2. — *L'intervention du mari et la protection
des droits de la femme*

Si la théorie du mandat admettait un pouvoir discrétionnaire du mari en matière de révocation du mandat domestique, il est certain qu'en bonne logique, l'adoption de la théorie du pouvoir légal doit amener une restriction de cette prérogative. Le mari ne peut plus agir en qualité de mandant, mais seulement en tant que chef de famille, et ses prérogatives ne doivent pouvoir s'exercer que dans l'intérêt de celle-ci.

Telle nous paraît, du moins, être la solution logique, mais il faut bien constater que l'article 220 (rédaction de la loi de 1942) semble reconnaître au mari un droit souverain de limitation et même de retrait du pouvoir de représentation : « *Les actes ainsi accomplis par la femme obligent le mari envers les tiers, à moins qu'il n'ait retiré à la femme le pouvoir de faire les actes dont il s'agit* ».

Nous ne pensons pas cependant que, malgré ce silence, toute liberté puisse être reconnue au mari ; l'organisation par la loi de 1942 de la fonction de chef de famille nous semble suffisante pour permettre de dégager la mesure des pouvoirs du mari que la loi a omis d'indiquer. Le mari peut donc, à notre avis, en tant que chef de famille révoquer ou limiter les pouvoirs ménagers de son épouse dans l'intérêt du bien commun. Si le mari outrepassé cette limite, il détourne de son but l'autorité qui lui est reconnue et la femme doit pouvoir recourir à la justice pour faire tomber l'opposition de celui-ci, en faisant juger que son intervention, non fondée sur l'intérêt de la famille, est sans valeur (1).

Il est d'ailleurs une hypothèse particulière pour laquelle la loi a réglementé la prérogative de retrait du chef de famille et qui ne paraît être qu'un cas particulier d'application d'une solution générale valable pour l'ensemble des pouvoirs ménagers. Il s'agit de

(1) Cf. M. de Juglart, *Les pouvoirs de la femme commune en biens depuis la loi du 22 septembre 1942*, J. C. P., 2 mai 1943, n. 327, n° 34 ; Voirin, *Revue critique* 1943, p. 54, n° 28.

la faculté ouverte au mari de pouvoir s'opposer à l'ouverture ou au fonctionnement du compte en banque de la femme, dit « compte de ménage ».

Nous allons étudier la réglementation prévue expressément par la loi dans ce cas, pour ensuite dégager la solution qui nous paraît devoir être adoptée d'une manière générale.

A. — *Le pouvoir du chef de famille de s'opposer à l'ouverture ou au fonctionnement du compte de ménage.*

La loi du 22 septembre 1942, qui a reconnu à l'épouse le droit de se faire ouvrir un compte en banque dit « compte de ménage », n'avait pas prévu quels étaient les pouvoirs d'opposition du mari. Aussi décidait-on que le mari pouvait retirer à sa femme le pouvoir de le représenter dans l'ouverture d'un compte en banque et interdire à l'établissement dépositaire de recevoir des fonds de la femme ou de lui en laisser retirer. Il pouvait même se faire remettre ceux qui y étaient déposés puisqu'ils lui appartenaient juridiquement.

L'article 12 de la loi du 1^{er} février 1943 est venu organiser ce droit d'opposition du mari en faisant application du pouvoir général reconnu à celui-ci par l'alinéa 2 de l'article 220, auquel renvoie la loi du 1^{er} février 1943 : *Dans le cas où le mari use des pouvoirs qu'il tient de l'article 220, 2^e alinéa...* » ce qui laisse supposer que les rédacteurs de ce texte ont entendu faire œuvre conforme à l'esprit de la loi de 1942.

L'opposition devient d'ailleurs le seul moyen par lequel le mari peut disposer des sommes déposées au compte en son nom par la femme. En l'absence d'un texte spécial, on devait décider qu'il pouvait se les faire remettre sur le champ et cette utilisation des fonds n'aboutissait pas à un retrait des pouvoirs de la femme puisque le compte pouvait continuer à fonctionner au moyen du solde restant ou de nouveaux dépôts. Mais un tel état de choses était préjudiciable aux intérêts des tiers, puisque le mari pouvait laisser sans provision les chèques émis par la femme et encore en circulation au moment du retrait de fonds effectué par lui. Il était donc nécessaire d'apporter des limites aux pouvoirs du mari.

Il résulte de l'article 12 que, si celui-ci veut retirer des fonds du compte de sa femme sans la volonté de cette dernière, il doit

procéder par voie d'opposition, ce qui revient à dire que son droit de disposition ne peut plus s'exercer qu'en conséquence du retrait des pouvoirs de la femme sur son compte domestique. Cette solution est importante à noter en ce qui concerne notre position sur le problème du fondement des pouvoirs ménagers de l'épouse, puisqu'elle est un de ces indices qui font apparaître que le législateur a envisagé ces pouvoirs comme fondés sur un droit propre de la femme sur son compte de ménage. M. Fréjaville l'a déjà noté très finement : « Si ces pouvoirs ne s'exerçaient strictement, comme le dit l'article 220, que par représentation du mari, celui-ci devrait pouvoir disposer librement du solde du compte » (1). Une fois de plus la conception française qui fait de la femme la représentante du mari apparaît artificielle et, ne pouvant être poussée dans toutes ses conséquences, est abandonnée implicitement.

La loi ne dit pas sous quelle forme doit se faire l'opposition du mari. Nous estimons qu'une lettre recommandée avec accusé de réception suffit, car il ne s'agit pas d'une procédure de saisie arrêt, mais seulement d'une manifestation extérieure de la volonté du mari pour laquelle il fait connaître qu'il retire à la femme son pouvoir de posséder un compte de ménage.

Le texte oblige le dépositaire à dénoncer l'opposition à la femme, et ce « *par lettre recommandée avec accusé de réception* ». La dénonciation n'est soumise à aucun délai et doit, par conséquent, intervenir d'urgence ; c'est qu'en effet, elle ne crée aucun obstacle au paiement des chèques émis jusqu'alors, si ces chèques sont présentés dans le délai légal. Le banquier engagerait donc sa responsabilité envers le mari en retardant la dénonciation de l'opposition à la femme et en laissant celle-ci vider le compte au profit de bénéficiaires de bonne ou de mauvaise foi.

La date de l'accusé de réception de la dénonciation va marquer le point de départ de deux conséquences de l'opposition.

D'une part, et ceci est capital pour la protection des droits de la femme, elle fait courir au profit de cette dernière un délai d'un mois pour se pourvoir contre l'opposition du mari. Puisque la loi de 1943 présente la solution particulière au compte de ménage comme une simple application de l'article 220, on peut trouver là

(1) M. Fréjaville, *op. cit.*, n. 364.

un sérieux argument en faveur de la thèse qui veut que la femme ait, d'une façon générale, à sa disposition un droit de recours contre un retrait abusif par le mari de ses pouvoirs domestiques.

Le juge pourra, au cas de recours, lever l'opposition, s'il estime qu'elle n'est pas justifiée par l'intérêt de la famille.

Par contre, à l'expiration du délai d'un mois s'il n'y a pas eu recours de la femme, ou à partir du jugement définitif si la femme est déboutée de son recours, le mari peut retirer le solde du compte (d'où l'on déduit qu'il ne pouvait le faire jusque-là).

D'autre part, à partir de la réception par la femme de la dénonciation de l'opposition, l'épouse ne peut plus valablement tirer de chèques sur son compte. Mais les chèques émis auparavant et qui sont présentés après l'opposition (et ceci a pour but de protéger les tiers) doivent être honorés. Il est nécessaire pour la sécurité des tiers et pour celle de la femme que seuls restent impayés les chèques émis en connaissance de l'opposition. C'est là une nouvelle application de l'article 220, alinéa 2, qui prévoit que le retrait des pouvoirs de la femme ne doit pas nuire aux tiers qui n'en ont pas eu connaissance. Cette mesure est indispensable car sans elle les chèques émis par la femme n'auraient eu qu'un crédit limité, le porteur risquant de voir la provision bloquée lors de la présentation du chèque.

Cette étude de la loi du 1^{er} février 1943 présente donc un double enseignement : d'abord, elle prouve qu'en droit les pouvoirs ménagers se rapprochent petit à petit de l'idée du pouvoir propre de la femme, puisque le mari ne peut plus disposer librement des fonds versés au compte de ménage ; ensuite, elle est un exemple de la volonté du législateur de limiter l'autorité du chef de famille à la protection des intérêts communs et d'ouvrir à l'épouse un recours contre le retrait ou la limitation par le mari de ses pouvoirs, non justifié par le bien commun.

Cette conclusion, comme l'organisation de l'opposition du mari à l'exercice par la femme d'une profession séparée, vont nous permettre de dégager la limite des pouvoirs du mari en matière de révocation ou de limitation des pouvoirs ménagers en général.

B. — *Le pouvoir du chef de famille de retirer ou de limiter les pouvoirs ménagers de son épouse.*

Bien que la loi du 22 septembre 1942, trop attachée encore dans ce domaine à l'idée de la femme mandataire du mari, ne se soit pas prononcée sur les limites du pouvoir de retrait du mari, nous estimons que celui-ci est subordonné à la protection de l'intérêt de la famille ; la femme possède un droit de recours devant le tribunal pour faire tomber un retrait abusif du mari. Une telle solution nous paraît d'ailleurs en accord avec les principes qui doivent régir l'organisation de la famille.

Il est une autre solution qui se pourrait concevoir et qui a été défendue par certains auteurs, c'est l'obligation faite au mari de recourir directement au tribunal pour faire révoquer ou limiter les pouvoirs dont la femme mésuse, le mari ne pouvant par lui-même atteindre ce résultat.

Binet l'a âprement défendue, estimant que permettre au mari d'intervenir directement serait laisser la femme à sa merci et méconnaître l'idée de pouvoir légal indépendant de la volonté de celui-ci.

Le projet de loi René Renoult devait la proposer dans la nouvelle rédaction de l'article 216 : « Le mari peut demander au tribunal du domicile commun, s'il y a lieu du domicile de la femme, d'apporter à l'exercice de la capacité de celle-ci les restrictions justifiées dans l'intérêt du ménage. En cas d'urgence le Président du Tribunal, par référé, donne au mari l'autorisation de s'opposer aux actes que la femme se propose de passer avec un tiers ».

Les législations étrangères sont en sens contraire.

L'article 1357 du code allemand adopte la solution que nous défendons : « *Le mari peut restreindre le droit de la femme ou l'exclure* ». Il donne d'ailleurs ensuite à la femme le moyen de recourir contre la décision abusive. Ainsi les pouvoirs du mari se trouvent limités puisque, s'il le exerce par méchanceté ou pour gêner sa femme, il sait qu'il sera exposé à un recours de cette dernière et à une annulation de son opposition. Cette solution a d'ailleurs l'avantage d'éviter une immixtion trop fréquente de la justice dans les affaires du ménage et de permettre au mari une interdiction plus rapide des opérations ruineuses pour la famille effectuées par son épouse. Le

recours de la femme est jugé par le tribunal des tutelles, juridiction d'ordre tout intime et non contentieuse, sorte d'arbitre conciliateur des difficultés familiales : « *S'il est prouvé que la restriction ou l'exclusion (de la Schlüsselgewalt) constitue un abus du droit par le mari, elles peuvent, à la requête de la femme, être levées par le tribunal de tutelle* ». Cette juridiction a donc à apprécier souverainement si le mari a exercé son droit de façon abusive, détourné sa fonction de chef de famille de son but : le bien commun des membres de la famille. Pour le droit allemand, l'abus du droit consiste principalement dans le fait de limiter ou de retirer la Schlüsselgewalt de la femme uniquement par esprit de malveillance ou de vexation.

Le tribunal de tutelle ayant constaté l'abus du droit lèvera la mesure maritale. Toutefois, il pourra suivant les cas, s'il estime par exemple qu'une certaine restriction des pouvoirs de la femme est fondée, se contenter de réduire la portée de l'intervention du mari. La juridiction saisie a, bien que le texte n'en fasse pas mention, le droit de faire application de l'adage « Qui peut le plus peut le moins ».

Le code suisse de 1907 a adopté une solution semblable. L'article 163, al. 3, décide que « *ce pouvoir propre, la femme ne l'exerce, comme il convient que sous le contrôle hiérarchique de son mari* ». En conséquence l'article 164 dispose : « *Que le mari peut retirer tout ou partie des pouvoirs de la femme lorsqu'elle abuse de son droit de représenter l'union conjugale ou est incapable de l'exercer* ». Le mari pouvant lui-même abuser de son pouvoir hiérarchique, la femme a la possibilité de recourir au juge, c'est ce que décide l'article 165 : « *A sa demande, la femme est réintégrée dans ses droits si elle établit que sa déchéance n'est pas justifiée* ».

Le texte de 1907 est d'ailleurs sensiblement différent de celui de l'avant-projet tel qu'il avait été élaboré par M. Hubert et qui se rapprochait de la solution défendue par M. Binet, bien que ne réalisant pas encore tous les désirs de ce dernier.

D'après ce projet, en effet, le mari ne pouvait pas révoquer seul les pouvoirs ménagers de son épouse, mais il avait toute liberté pour les limiter à son gré. Seule l'autorité sociale, qui avait conféré à l'épouse ces pouvoirs par l'intermédiaire de la loi, avait le droit de les lui retirer par l'organe de la justice. La règle adoptée par

l'avant-projet était posée dans l'article 185 : « La femme qui abuse de son droit de représenter l'union conjugale ou est incapable de l'exercer, peut en être déclarée déchue par le juge à la requête du mari ». L'avant-projet avait cru possible de réaliser la complète égalité et l'indépendance totale de chacun des époux dans leur domaine différent, sans que rien ne vienne introduire une idée de subordination quelconque de l'un à l'autre. Aussi avait-il, en conséquence, posé le principe général de l'intervention permanente et du pouvoir de décision discrétionnaire du juge dans toutes les difficultés conjugales, relativement à la sanction des droits et des devoirs des époux.

Finalement, le code de 1907 a repoussé cette solution et suivi le droit allemand en la matière.

L'accord du droit comparé n'est certes pas un argument décisif en faveur de la thèse qui nous paraît préférable ; aussi allons-nous présenter les critiques qui ont été formulées à son encontre pour essayer de les réfuter.

Si Binet (1) ne conteste pas la nécessité de reconnaître au mari un moyen de pouvoir faire restreindre ou même supprimer les pouvoirs ménagers de la femme que l'indignité ou l'incapacité de cette dernière peut rendre dangereux pour la famille (2), il reproche à la solution allemande de 1896 et donc, par identité, à celle que nous préconisons, de dépasser, dans un excès de protection pour le mari, le but visé et de lui donner un trop facile et arbitraire pouvoir sur la prérogative domestique de l'épouse. Binet présente ensuite une objection juridique, en prétendant que cette solution constituerait une anomalie dans la thèse du pouvoir propre, qui le défigurerait complètement. Il prétend, en effet, qu'après avoir proclamé que le pouvoir domestique de la femme n'est plus une concession du mari, la résultante d'un mandat présumé, mais un droit propre attaché à la qualité d'épouse, un effet direct du mariage, on emprunterait à la théorie du mandat tacite sa conséquence, si le mari pouvait, à sa guise, par une simple déclaration, venir limiter la faculté de l'épouse, si tel est son bon plaisir.

(1) Binet, *op. cit.*, p. 227 sq

(2) Planck, *Die rechtliche Stellung der Frau nach dem B.G.B.*, 2^e éd., pp. 12 et 13 : « Quelque estime que l'on professe pour les femmes, on doit cependant admettre comme possible qu'il y ait des femmes dépensières, rebelles à l'économie, insouciantes, qui passent dans leur cercle d'action domestique des opérations à crédit dans une mesure telle qu'elles ruinent le mari. »

Ces critiques nous paraissent inexactes parce qu'elles méconnaissent les différences fondamentales qui séparent l'intervention du mari mandant et celle du mari, chef de famille. Rien que du seul point de vue psychologique, il est certain que le mari n'agira pas à la légère lorsqu'il saura que sa décision pourra être soumise au contrôle du tribunal. La peur de se voir condamné aux yeux des tiers et de sa femme sera pour lui, même si cela lui coûte, le commencement de la sagesse. La prérogative du mari, loin d'être arbitraire, se trouvera limitée par son fondement : la protection des intérêts communs.

Quant à prétendre qu'un tel système est inconciliable avec la nature légale des pouvoirs ménagers de la femme, l'autorité sociale étant seule fondée à retirer à l'épouse, en cas d'abus, les pouvoirs qu'elle lui a conférés, c'est oublier que la qualité de chef de famille émane aussi du pouvoir social.

Il est, quant à nous, deux principes supérieurs qui nous font adopter la solution que nous défendons présentement.

Tout d'abord, le respect de la dignité de la personne humaine exige que le chef de famille soit vraiment responsable de la cellule sociale élémentaire qu'est le ménage : c'est lui qui l'a fondée et c'est à lui que revient l'honneur mais aussi la charge, de veiller à ce que ses intérêts supérieurs soient sauvegardés.

D'autre part, la famille doit pouvoir se suffire à elle-même et trouver sa fin dans une organisation propre, sans qu'il soit besoin de recourir à une autorité extérieure. Certes la justice pourra contrôler l'activité des membres de la famille, mais il n'est pas admissible qu'elle soit un organe nécessaire de la vie familiale. L'intervention du tribunal est toujours un symptôme grave de désorganisation pour la famille moderne qui, normalement, ne devrait pas avoir besoin d'y recourir pour trancher les différents domestiques. L'idée même de ce recours est inquiétant ; il est parfois, il faut le reconnaître, indispensable et inévitable, mais il serait grave d'y recourir sans nécessité absolue. Il ne peut être question de faire intervenir le juge dans tous les cas de dissentiment entre époux, mais uniquement en cas d'abus, d'excès, de détournement de pouvoir.

D'ailleurs, si nous sommes hostiles à la reconnaissance au tribunal d'un rôle dans la famille, nous sommes partisans de reconnaître très

largement à la femme un droit de recours contre la décision du mari.

Si, en effet, l'autorité n'est pas un droit individuel absolu, mais une fonction au service d'une fin, il peut lui arriver de se détourner de cette fin, de perdre de vue, dans l'exercice de ses droits, l'intérêt supérieur de la famille ; le mari peut commettre des abus de pouvoir ; il peut, sous couleur d'exercer ses prérogatives, léser gravement certains droits essentiels de la personne féminine. Il est alors nécessaire de recourir au juge.

Sans doute, il serait vain d'espérer que les juges rendront bons de mauvais ménages, mais parfois des ménages médiocres, passagèrement troublés par des dissentiments graves et qui courraient au divorce, pourront être sauvés.

Ce pouvoir régulateur ne doit pas être exercé seulement lorsqu'une instance en divorce ou en séparation de corps se trouve engagée. Les tribunaux ont trop tendance à n'intervenir que dans ce cas, ce qui est une façon indirecte de pousser la femme au divorce puisqu'elle ne peut obtenir autrement les mesures que lui paraissent exiger la moralité ou la santé de ses enfants.

En élargissant donc la capacité de la femme mariée, en organisant l'exercice par le mari de son autorité de chef de famille, en reconnaissant plus officiellement au juge un pouvoir de contrôle sur les abus possibles du mari et ses détournements de fonctions, non seulement on réalise ainsi des réformes justes et souhaitables, mais on renforce la famille et on supprime indirectement certaines causes de divorce.

Tel nous paraît être le rôle de la justice qui ne peut être appelée à se substituer au chef de famille.

Nous pensons que cette organisation des pouvoirs de retrait ou de limitation du mari est applicable en l'état actuel de notre législation. Elle cadre parfaitement avec l'organisation de la famille telle qu'elle découle de la loi du 22 septembre 1942. Le retrait est un acte que le mari fait en qualité de chef de famille, qu'il ne peut donc effectuer que dans l'intérêt commun du ménage ou des enfants.

La femme a, à sa disposition, un droit de recours devant le juge analogue à celui qu'elle possède en présence du veto mis par le mari à l'exercice d'une profession séparée. Nous nous sommes assez

étendus sur son organisation pour n'avoir plus à y revenir maintenant.

En résumé, nous pensons que notre droit réunit, en ce qui concerne l'organisation des rapports personnels entre époux, tout un ensemble de dispositions raisonnables qui, sans nullement relâcher les liens nécessaires de la famille, en consacrant davantage qu'autrefois les droits de l'épouse, assurent une meilleure répartition des fonctions et des responsabilités du foyer. Il serait seulement souhaitable que ces règles générales soient applicables au domaine spécial des pouvoirs ménagers de l'épouse du fait d'une disposition expresse de la loi : ainsi aucune discussion ne pourra plus s'élever sur l'application des droits du chef de famille et leurs limites.

Ainsi organisé, le foyer ne laissera certes pas une indépendance complète à l'épouse, pas plus qu'elle ne lui donnera une égalité absolue, mais il lui permettra de remplir sa mission de collaboratrice de l'homme et de servir la famille, tout en respectant ses droits de personne. Toujours l'unité de l'œuvre à accomplir imposera une certaine magistrature domestique et demandera à la femme une certaine subordination. Mais la plupart des maris, plus libéraux et plus sages que nos codes sauront réduire ces sacrifices au minimum. Avant de dire au nom de la loi à sa femme de le suivre, le mari lui demandera toujours où elle désire aller. Presque toujours, l'unité confiante et la paix joyeuse du foyer résulteront de l'union confiante des volontés et des cœurs, de leur commune et instinctive orientation vers le bien de la famille plutôt que de l'exercice effectif d'une autorité de commandement. Mais il est bon de prévoir les mesures qui pourraient ramener quelque époux défaillant dans cette voie, même si ce n'était que pour ne pas avoir à s'en servir. En tous cas, aux épouses qui ont vraiment conscience de leur dignité, ces sacrifices apparaîtront légers, auprès de la grandeur de leur tâche, dont ils conditionneront l'accomplissement.

Ainsi nous paraissent sauvegardés, tout à la fois, les droits légitimes de l'épouse et l'autorité du chef de famille, l'un et l'autre unissant leurs efforts pour le bien de la communauté familiale.

TROISIEME PARTIE

LES DROITS DE LA FEMME ET LE RÈGLEMENT DES DETTES DU MÉNAGE

Quand un chercheur explore la nature pour y découvrir quelque trésor caché, il lui est indispensable, après un certain nombre de fouilles, de faire le point afin de fixer dans sa mémoire les résultats déjà acquis et d'éclairer ainsi la route qu'il va lui falloir suivre. Ce qui est vrai pour celui qui s'en va ainsi à la découverte des richesses de la nature, ne l'est pas moins pour celui qui veut approfondir toute question intellectuelle. Arrêtons-nous donc, pour nous permettre de mesurer les résultats acquis, pour nous donner aussi la possibilité de mesurer la tâche qui reste à remplir.

Les deux premières parties nous ont permis de fixer les règles essentielles de l'organisation des pouvoirs ménagers de l'épouse, telles qu'elles devraient exister pour répondre, d'une part, aux justes exigences de la personnalité de la femme et, d'autre part, aux nécessités d'épanouissement de cette petite société qu'est la cellule familiale.

Nous sommes arrivés à la conclusion que la femme doit se voir reconnaître, par l'autorité sociale et du seul fait de son mariage, le pouvoir propre d'agir dans son domaine de maîtresse de maison. C'est ainsi qu'elle peut le mieux concourir à assurer avec son époux le bien-être moral et matériel de la famille. Cette activité propre de l'épouse peut facilement s'intégrer dans l'organisation générale de la famille et se concilier avec la présence du chef de famille indispensable pour coordonner les efforts de chacun des membres et veiller à ce que chacun d'eux agisse au mieux des intérêts de la famille.

Nous avons eu l'occasion de noter qu'une telle organisation des rapports personnels des époux était en accord avec les tendances très accusées de la Jurisprudence et du législateur et il est certain que les modifications que nous avons pu estimer nécessaires sont jusqu'ici d'importance secondaire.

Nous avons même exposé les raisons qui nous poussaient à croire qu'un tel système n'était pas inconciliable avec les idées des rédacteurs de la loi de 1942 sur l'intervention de la femme dans l'administration du ménage.

Enfin, nous avons montré comment les raisons d'ordre juridique qui, par le passé, s'opposaient à une telle conception des pouvoirs ménagers de l'épouse et obligeaient à recourir à la fiction du mandat domestique étaient aujourd'hui disparues. D'une part, en effet, la loi du 18 février 1938 en proclamant la pleine capacité de la femme mariée a permis à l'épouse de passer valablement les actes qui rentrent dans le cadre de son activité ménagère. D'autre part, la loi du 22 septembre 1942, en aménageant le principe de la direction unique des intérêts domestiques du ménage et en prévoyant un domaine où la femme pourrait engager par elle-même les biens matrimoniaux, a reconnu à l'épouse les pouvoirs nécessaires pour lui permettre de donner aux tiers qui contractent avec elle, pour les besoins du ménage, le crédit sans lequel sa capacité resterait un vain mot.

Il nous faut maintenant franchir une dernière étape en examinant le règlement des dettes que la femme va être amenée à faire dans l'exercice de sa mission ménagère. Il s'agit de savoir si la théorie du pouvoir propre peut voir ses conséquences, dans le règlement des dettes de ménage, cadrer avec l'organisation des rapports pécuniaires des époux, avec les règles de nos régimes matrimoniaux français.

Il est certain, en effet, que les conséquences des théories du mandat tacite et du pouvoir de représentation, d'une part, de la théorie du pouvoir propre de l'autre, sont, de ce point de vue, très différentes. Si l'on adopte les premières, seul le mari sera engagé et les biens de communauté, si le régime de communauté régit les époux considérés ; si, par contre, on applique la théorie du pouvoir propre, les biens de la femme feront aussi partie du gage des créan-

ciers. La responsabilité est le corollaire des pouvoirs, ce principe reçoit ici toute son application.

Or, c'est précisément cette considération qui a conduit nombre d'auteurs à repousser la théorie du pouvoir propre et à denier à l'épouse toute activité personnelle dans les affaires du ménage. Ce n'est pas qu'ils étaient animés de la volonté de priver la femme de toute prérogative, mais c'est qu'ils entendaient la mettre à l'abri de toutes poursuites de la part des créanciers et la dispenser ainsi de toute responsabilité.

Il est d'ailleurs un principe de l'organisation pécuniaire des régimes matrimoniaux qui, dans notre Code, semble devoir empêcher toute poursuite des créanciers du ménage contre la femme, nous voulons parler de l'obligation du mari de subvenir seul à l'entretien de la famille et de chacun de ses membres. Quel que soit le régime adopté par les époux, le mari doit seul pouvoir être poursuivi par les tiers pour les dettes du ménage, la femme devant seulement y contribuer en remettant à son mari une certaine partie de ses revenus. Ainsi la femme, en abandonnant à son époux la jouissance de tous ses biens sous les régimes de communauté, la dot sous le régime dotal, une certaine proportion des revenus de ses biens propres sous le régime de séparation de biens, est-elle à l'abri de toute poursuite possible de la part des tiers. Nous aurons à rechercher dans quelle mesure cette construction juridique des rédacteurs du Code a été conservée par la loi du 22 septembre 1942.

Il est certain qu'une telle organisation paraît s'opposer à la reconnaissance à la femme d'un pouvoir propre qui l'amènerait à s'engager personnellement pour les dettes de ménage et l'exposerait au risque de payer par deux fois ces dettes, d'abord à son mari, sous forme de contribution, puis aux tiers qui pourraient lui demander le paiement des dettes qu'elle aurait contractées.

Mais il est une autre considération qui doit entrer en ligne de compte et qui, précisément, aboutit à admettre l'engagement de la femme pour les dettes de ménage ; elle découle de la nature de ces dettes. Etant donné que celles-ci sont contractées pour satisfaire les besoins vitaux de la famille, elles réclament un régime de faveur, c'est-à-dire le gage le plus étendu. Il importe, en effet, que le ménage jouisse d'un large crédit auprès de ses fournisseurs et trouve aisément dans les périodes difficiles, où l'achat au comptant ne lui

est pas possible, les subsistances nécessaires. On s'aperçoit ainsi qu'il est anormal que l'épouse échappe à toute poursuite, alors qu'elle peut jouir de revenus importants, — ce qui existe principalement sous le régime de la séparation de biens.

Ainsi, sous la pression de nécessités de justice, les règles légales et les conséquences de l'idée de représentation furent-elles abandonnées par la Jurisprudence. Mais en même temps et inconsciemment, on se rapprochait de la théorie du pouvoir propre. Nous aurons à rechercher l'influence dans le temps de ces diverses préoccupations pour nous permettre de dégager l'état actuel du problème. Nous pourrons ainsi nous rendre compte que la théorie du pouvoir propre donne, dans ce domaine, de meilleurs résultats.

En réalité, ceux qui se sont penchés sur le problème des dettes de ménage se sont aperçus qu'elles ne pouvaient être confondues dans une même réglementation avec aucune autre catégorie de dettes, pas plus avec les dettes personnelles des époux qu'avec les dettes communes, sous les régimes communautaires. Elles constituent de par leur nature une classe à part. Elles sont la conséquence directe de l'union conjugale résultant des besoins de la vie commune et du foyer, l'union intime des époux rendant communs même leurs besoins vitaux personnels. Aussi pouvons-nous dire que les dettes contractées dans l'intérêt du ménage sont, pour cette raison, communes au premier chef et à un titre particulier, et, dans les régimes séparatistes, distinctes des dettes personnelles des époux, parce que, sous tous les régimes, elles ne profitent, à proprement parler, à aucun des conjoints, à aucun patrimoine, mais à cette entité qu'est le ménage.

Le règlement des dettes de ménage pose donc un problème très important qui doit être résolu en tenant compte des intérêts divergents que nous avons dégagés. Le Code n'en a pas découvert toute l'ampleur ; aussi est-il important d'en indiquer tous les aspects afin que le sort des dettes de ménage puisse être réglé logiquement lors de la prochaine réforme des régimes matrimoniaux.

Comme tout problème relatif au règlement de dettes pouvant incomber à plusieurs personnes, il se présente sous deux formes : il s'agit de savoir tout d'abord quel est le gage des créanciers du ménage, c'est-à-dire quels sont les biens sur lesquels ceux-ci pourront exercer leurs poursuites ; il faut déterminer ensuite comment

ces dettes se partageront définitivement entre les époux, dans quelle mesure ceux-ci devront y contribuer.

Nous examinerons ces deux questions successivement sans méconnaître combien elles sont liées et en sachant que les solutions de l'une détermineront, dans une grande mesure, celles de l'autre.

Cette étude sera, comme toujours, dominée par le souci de respecter les droits de la femme. Nous n'entendons pas diminuer la personnalité féminine dans un souci de protection. Nous voulons donner à la femme la pleine possession de ses droits et la soumettre à la responsabilité correspondant à ces actes.

CHAPITRE PREMIER

LE RÈGLEMENT DES DETTES DE MENAGE DANS LES RAPPORTS ENTRE LES CRÉANCIERS ET LES EPOUX

La femme, lorsqu'elle passe des contrats avec les tiers, peut le faire au comptant ou à crédit. Dans le premier cas, seul le problème de savoir dans quelle proportion le mari et la femme doivent supporter définitivement la dette ainsi contractée se pose ; les tiers ne seront pas intéressés à la solution de ce problème et les conséquences pécuniaires des pouvoirs de l'épouse leur seront indifférents. Dans le second cas, au contraire, ces conséquences seront capitales à leur égard, puisque le gage qui répondra des dettes nées de l'activité ménagère de l'épouse en dépendra. Le problème du règlement définitif des dettes de ménage ne se posera qu'en second lieu.

Rechercher quel sera le gage des créanciers ayant traité avec la femme pour les besoins du ménage, tel est précisément l'objet de ce chapitre.

Pour examiner ce problème dans son ensemble, il est indispensable de passer successivement en revue les différentes catégories de biens contre lesquels les créanciers peuvent songer à exercer leur action : patrimoine du mari et de la communauté d'abord, biens réservés de la femme ensuite, biens propres de la femme enfin.

Nous connaissons l'orientation à donner à cette étude : d'une part examiner dans quelle mesure le législateur et la Jurisprudence sont restés fidèles au principe de la représentation et à l'obligation du mari de subvenir aux charges du ménage, d'autre part rechercher les motifs qui les ont conduits à s'écarter de l'application stricte

de ces deux principes, enfin exposer les raisons qui nous inclinent à croire que la théorie du pouvoir propre répond le mieux aux exigences de la situation.

SECTION I

De l'action des créanciers du ménage contre le patrimoine du mari et les biens de la communauté

Que le mari et la communauté soient engagés par les dépenses ménagères de la femme, cela n'a jamais fait et ne peut soulever la moindre difficulté. Nous savons d'ailleurs que par dépenses engagées par la femme en vertu de son pouvoir domestique il faut non seulement entendre celles qui y rentrent au regard des époux, mais aussi celles qui en font partie au regard des tiers de bonne foi qui ignoreraient la révocation ou la limitation dont ces pouvoirs auraient pu être l'objet de la part du mari.

La Jurisprudence a sans cesse rappelé ce principe, cette obligation du mari et de la communauté n'étant pour elle qu'une application stricte des règles du mandat.

Le mandant est obligé personnellement, c'est bien là la conséquence indiscutable du principe de la représentation juridique suivant lequel, par le moyen d'une fiction, ce n'est pas l'auteur matériel de l'acte qui est censé le passer et en recueillir les résultats, mais bien la personne au nom de laquelle il parle (1) : « Le terme « représentation », désigne l'intervention d'une personne agissant pour autrui sans être touchée par les actes juridiques qu'elle fait » (2).

Appliqué à l'hypothèse du mandat domestique, que ce soit un mandat tacite ou un pouvoir de représentation, ce principe aboutit donc à cette conséquence que les dettes contractées par la femme mandataire pour les besoins du ménage obligent le mari mandant,

(1) Sur la représentation juridique, en général, voir la thèse de M. Madray, *De la représentation en droit privé*. Thèse Bordeaux 1931 ; C. Pilon, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, thèse Caen 1897.

(2) Ripert et Boulanger, *op. cit.*, t. I, n° 306. Cf. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, 1872, 509, p. 177, n° 2

landis qu'elles n'obligent pas la femme elle-même (1). L'article 1420 en fait application dans l'hypothèse spéciale du régime de communauté : « *Toute dette qui n'est contractée par la femme qu'en vertu de la procuration générale ou spéciale du mari est à la charge de la communauté (et du mari) et le créancier n'en peut poursuivre le paiement ni contre la femme, ni sur ses biens personnels.* »

La Jurisprudence a eu l'occasion de proclamer cette solution à plusieurs reprises et notamment dans un arrêt de la Cour de Paris du 31 janvier 1935 (2).

L'obligation personnelle du mari à la totalité de la dette va d'ailleurs, sous le régime de la communauté, survivre à la dissolution de celle-ci, quelle que soit l'option de la femme. En vertu du mandat domestique, le mari peut toujours être poursuivi en paiement de l'intégralité de la dette, même après le partage de la communauté, parce que les dettes du ménage sont considérées comme étant tombées en communauté de son chef et qu'en vertu de l'article 1484 : « *Le mari est tenu pour la totalité des dettes par lui contractées* ».

Ces principes ont été appliqués dans un arrêt de la Cour de Cassation du 27 décembre 1922 (3). Le jugement attaqué avait condamné le mari à payer au créancier le prix d'une fourniture de vêtements faite à l'épouse, « sous le prétexte que la dite dame était sous puissance du mari au moment où elle a procédé à son acquisition ». Les auteurs du pourvoi prétendaient que « la dissolution de la communauté était intervenue depuis cette date, celle-ci (la fourniture) ne saurait grever le mari que pour moitié ». La Cour de Cassation a, à juste titre, repoussé cette solution : « Attendu, déclare-t-elle, qu'aux termes du jugement, la fourniture de vêtement rentrait dans les besoins du ménage et que, s'agissant ainsi d'une dette contractée en vertu d'une procuration du sieur Morain, le sieur Génin avait action pour le tout contre ce dernier, conformément aux articles 1484 et 1420 ».

Cette obligation du mari aux dettes du ménage a été d'ailleurs proclamée légitimement à plusieurs reprises.

(1) Réserve étant faite du régime de communauté où la femme sera tenue des dettes de ménage après la dissolution de la communauté, au cas où elle l'accepte.

(2) Paris, 31 janvier 1935, *Gaz. Pal.* 1935.1.528.

(3) Cass., 27 déc. 1922, *Gaz. Pal.*, 1923.1.600. L'obligation personnelle du mari à la totalité de la dette n'est mise en doute par personne. L'arrêt de la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation du 25 mai 1891 (D. 1892.1.120, S. 1892.1.389) en sens contraire, s'explique par une confusion entre contribution et obligation.

C'est, en premier lieu, la loi du 13 juillet 1907 qui, dans son alinéa dernier de l'article 3, proclame que : « *Le mari n'est responsable ni sur les biens ordinaires de la communauté, ni sur les siens propres, des dettes et obligations contractées autrement que dans l'intérêt du ménage par la femme* », sans indiquer par quel procédé juridique cet engagement du mari est obtenu.

C'est aussi l'article 220 de la loi du 22 septembre 1942, alinéa 2, qui déclare : « *que les actes ainsi accomplis par la femme (pour les besoins du ménage) obligent le mari envers les tiers.* »

Telles sont les conséquences qui résultent de l'application des règles du mandat (1).

Mais l'engagement de la communauté et du mari demeure avec la théorie du pouvoir propre que nous préconisons. La seule différence réside dans le fait que la communauté va se trouver engagée par la femme, en son nom à elle, et non plus par l'intermédiaire du mari. Quant au mari, il n'est pas seulement engagé en tant que chef de la communauté et parce que les biens communs se trouvent confondus avec ses biens propres, mais personnellement parce que ces dettes ont été contractées dans l'intérêt du ménage dont l'entretien est à sa charge ; dès lors, elles font partie de son passif personnel. Le résultat est sur ce point identique. Ce raisonnement n'est pas seulement une vue de l'esprit, puisque c'est la solution qui a été consacrée par le Code Civil Suisse. Pour la détermination des effets passifs des opérations de l'épouse, le Code Suisse ne s'est pas préoccupé, en effet, de la personnalité qui passait les contrats, non plus que de la qualité en laquelle elle agissait. Il a uniquement envisagé leur but. Comme il constatait que, par hypothèse, les dettes contractées se rapportaient à l'entretien du ménage qui est, d'après les principes généraux, à la charge du mari, il a conclu à la responsabilité unique et personnelle de celui-ci, rejoignant dans ses résultats, quoique par une voie différente, le système de la représentation du mari. Mais l'engagement de ce dernier résulte « non de ce que la femme a représenté son conjoint, mais de ce que celui-ci supporte les charges de l'union conjugale » (2). Ainsi les

(1) Nous verrons plus loin que, si les conséquences de l'idée de représentation ont bien été appliquées à l'égard du mari, il n'en a pas été de même, bien souvent, à l'égard de la femme.

(2) *Motifs de l'avant-projet du Code suisse*, t. I, p. 134.

dettes ménagères de la femme, sont assimilées aux dettes personnelles du mari (1).

Cette condamnation du mari et de la communauté est d'ailleurs le but vers lequel convergent toutes les décisions judiciaires comme tous les essais de doctrine, quelle que soit la pensée intime de leurs auteurs relativement à la nature des pouvoirs de la femme. Ceci est normal si l'on songe que ce sont les biens communs qui doivent d'abord servir à l'existence de la famille, aux besoins courants des époux et du ménage, et que, d'autre part, dans notre organisation des rapports pécuniaires, c'est au mari qu'incombe l'obligation de subvenir aux charges du ménage. L'article 214 du Code Civil le proclame fermement et certains autres textes y font de nettes allusions, ainsi les articles 1530 et 1540.

Il est difficile de dire si certaines décisions ont adopté le point de vue que nous défendons. Aucune ne l'a certes fait expressément, mais on peut en citer plusieurs qui, par exception, ne font pas état du mandat tacite et ne se réfèrent à aucune autre explication de l'activité indépendante de l'épouse (2). Se bornant à justifier les dettes de ménage relativement à leur cause et à leur montant et, de là, semblant faire abstraction des articles 217 et 1426 (ancienne rédaction), elles en concluent à la condamnation du mari comme chef de la communauté et débiteur de l'obligation d'entretien et d'assistance.

Un premier point est donc certain : dans le cadre de ses pouvoirs ménagers, la femme engage la communauté et le mari (3). Notre sys-

(1) Nous n'entendons pas prendre parti, pour l'instant, sur la question de l'obligation de la femme à laquelle le Code suisse répond, en principe, par la négative, mais seulement montrer que la théorie du pouvoir propre entraîne bien l'obligation du mari.

(2) Trib. Seine, 12 déc. 1922, *Gaz. Trib.* 1923.2.216. Trib. Valence 11 juillet 1933 ; *Gaz. Pal.* 1933.II.2.538. Trib. Seine, 11 juillet 1922. D. 1924.2.105.

(3) Quant aux conséquences pratiques de l'obligation du mari pour les dettes contractées par la femme, elles sont naturellement différentes suivant le régime pécuniaire adopté par les époux. Il ne peut rentrer, dans les limites de ce travail, d'étudier quels sont, sous les divers régimes matrimoniaux, les biens qui répondent des obligations du mari. Il n'y a d'ailleurs, à ce sujet, aucune particularité pour les dettes de ménage ; elles suivent le sort commun de toutes les dettes personnelles du mari. Indiquons seulement qu'en vertu de la prééminence de celui-ci, elles grèvent non seulement ses biens personnels, mais aussi cette partie des biens de la femme qui tombe dans le patrimoine matrimonial et est ainsi mise à la disposition du mari. Dans cette mesure, la femme est donc responsable du paiement de ces dettes, seulement ce n'est pas par l'effet d'un engagement personnel, mais uniquement par le jeu même des régimes matrimoniaux qui fait retentir plus ou moins sur le patrimoine de l'épouse les conséquences des obligations matrimoniales.

tème se trouve pleinement d'accord avec la théorie régnante du mandat, sinon dans son principe, du moins dans ses résultats.

L'engagement du mari et de la communauté est d'ailleurs tellement nécessaire dans ce domaine, que les décisions judiciaires qui, appliquant dans toutes ses conséquences la théorie du mandat, en arrivaient à enlever à la femme le pouvoir d'engager son mari par représentation, soit au cas de séparation, soit au cas de révocation, parvenaient toujours par quelque moyen détourné à obliger le mari au paiement de ces dépenses. Nous avons eu l'occasion, dans notre première partie, d'examiner ces théories complémentaires qui démontrent l'insuffisance de la théorie du mandat tacite.

SECTION II

De l'action des créanciers du ménage contre les biens réservés de l'épouse

Le gage des créanciers du ménage quant aux biens réservés, a été défini une première fois par l'article 3 de la loi du 13 juillet 1907 : « *Les biens réservés à l'administration de la femme pourront être saisis par ses créanciers. Ils pourront l'être aussi par les créanciers du mari qui ont contracté avec lui dans l'intérêt du ménage, alors que, d'après le régime adopté, ils auraient dû, antérieurement à la présente loi, se trouver entre les mains du mari.* »

Nous avons vu (1) comment certains auteurs, et en particulier M. Nast, avaient utilisé ce texte pour défendre la reconnaissance par la loi de 1907 du pouvoir propre de la femme en matière ménagère et nous avons exposé les raisons qui nous faisaient penser que ce texte n'avait pas modifié la situation antérieure. Il en découlait que la théorie du mandat recevant application, les dettes de la femme, pour les besoins du ménage, devaient être considérées comme dettes du mari.

La question se posait dès lors de savoir ce qu'il fallait entendre par « *biens se trouvant antérieurement entre les mains du mari* ».

Un vif débat s'était élevé sur le sens à donner à cette expression

(1) Voir p. 87.

qu'aucune décision jurisprudentielle n'est jamais d'ailleurs venue interpréter. Il était pourtant d'autant plus important de donner une solution à cette controverse qu'elle intéressait non seulement les créanciers qui avaient traité dans l'intérêt du ménage, avec le mari lui-même, mais aussi, nous venons de le voir, ceux qui avaient contracté avec la femme dans le même but, à moins que celle-ci ne se soit engagée personnellement, ce qui ne pouvait être présumé.

Nous allons examiner les opinions qui ont été présentées et indiquer les solutions qui nous paraissent devoir être adoptées, plus pour marquer l'importance de cette restriction que pour en déterminer d'une façon précise les conséquences pratiques qui ont été bouleversées par la loi de 1942.

Aucune difficulté ne se posait pour les biens qui, antérieurement, auraient été des biens communs, car ils se seraient, à coup sûr, trouvés entre les mains du mari.

Mais devait-on admettre qu'il en était de même pour les biens qui, sous les régimes de communauté, eussent été propres à la femme (1) en se fondant sur le fait que le mari, en ayant l'administration, les avait entre ses mains. Si MM. Nast, Colin et Capitant semblent l'avoir pensé, M. Bartin s'est formellement prononcé en sens contraire (2), et à juste titre, nous semble-t-il. Il apparaît, en effet, que les rédacteurs de la loi de 1907, dont le but principal a été « la concession à la femme d'une certaine capacité qui a pour objet et pour limite les biens réservés », n'ont pas voulu consacrer une telle innovation, un tel accroissement des droits des créanciers du mari pour fournitures du ménage. On conçoit très facilement qu'ils aient entendu que cette concession ne modifiât pas les droits de poursuite des créanciers du mari sur les biens communs, même devenus biens réservés. Mais rien dans les travaux préparatoires ne permet de penser qu'ils aient songé à accroître la mesure de leur droit de poursuite et ce serait exagérer la portée de l'expression employée que de l'appliquer à des biens sur lesquels le mari n'a que des pouvoirs d'administration.

La loi de 1907 apparaît, une fois de plus, comme ayant voulu maintenir les solutions précédemment admises, strictement confor-

(1) Ainsi l'indemnité allouée à la femme, victime d'un accident de travail. Voir Aubry et Rau, t. VIII, § 522, note 10 *sexies*.

(2) Aubry et Rau, *op. cit.*, § 509, note 28 *bis*. *Sic* : Planiol et Ripert, n° 1143 *bis*.

mes à l'idée de représentation juridique, en ce qui concerne les pouvoirs domestiques de l'épouse. Mais il n'en est pas moins vrai que, en même temps, se fait jour une distinction entre les créanciers ordinaires du mari et les créanciers du ménage, qu'ils aient contracté avec le mari ou l'épouse ; un phénomène dont nous aurons à retracer toute l'évolution apparaissait : la constitution d'un passif ménage.

Sous les régimes de séparation de biens et de paraphernalité générale, il est certain que les créanciers du ménage ne pouvaient exercer d'action contre le pécule réservé de la femme (1).

Enfin, au cas d'époux mariés sous le régime dotal sans société d'acquêts, une distinction s'imposait. Si les biens réservés avaient été avant la loi de 1907 des paraphernaux, il fallait, à coup sûr, admettre la même solution que dans le cas de séparation de biens (2). Mais cette exclusion du droit de poursuite des créanciers du ménage ne s'imposait pas nécessairement lorsqu'il s'agissait de biens qui auraient été antérieurement des biens dotaux, c'est-à-dire lorsque l'on envisageait l'hypothèse où la dot portait sur les biens à venir. On devait se demander, en raison même des pouvoirs du mari sur les biens dotaux, si ces biens se trouvaient entre les mains du mari avant 1907, au sens de l'article 3, alinéa 2. Les gains professionnels de la femme constituent-ils des revenus dotaux, c'est-à-dire si l'on envisage la question d'un autre point de vue, l'industrie de la femme dotale constitue-t-elle ou non un bien dotal dont la rémunération représente les fruits ? Nous dirons, avec M. Bartin (3), que les capitaux ainsi acquis par la femme n'appartenaient pas au mari, avant 1907, à titre de fruits, mais formaient de véritables acquêts qui, sous l'empire d'une constitution dotal comprenant tous les biens à venir, revêtaient le caractère de biens dotaux ; nous dirons que le mari ne devait cependant aucun compte à la femme des produits journaliers qui, d'après les circonstances, auraient été à considérer comme lui ayant été abandonnés pour subvenir aux charges du ménage ; d'où il résulte que les créanciers du ménage ne pouvaient avant la loi de 1907, saisir les produits du

(1) Margat, *op. cit.*, p. 180. Nast, *op. cit.*, n° 1378. Une réserve doit être faite cependant concernant la portion de salaires que la femme est tenue de remettre au mari à titre de contribution au charge de ménage.

(2) Nast, *op. cit.*, n° 270. Colin et Capitant ; *op. cit.*, t. III, n° 499.

(3) Aubry et Rau, *op. cit.*, p. 534, note 7.

travail de la femme que si, d'après les circonstances, celle-ci en avait fait abandon au mari pour assurer l'entretien du foyer. Ils pouvaient saisir, d'autre part, les revenus des biens acquis par la femme avec les économies réalisées sur ses gains professionnels et, par extension, les biens acquis avec ces revenus.

Nous déciderons donc, en nous fondant sur ces constatations, que depuis 1907, les créanciers du ménage ne pouvaient saisir les biens réservés que sous les mêmes conditions.

Tel était, à notre avis (1), le domaine d'application de la loi de 1907.

Elle apportait une double innovation : d'une part, les créanciers du ménage jouissaient d'un gage distinct de ceux des créanciers du mari ou de la femme ; d'autre part, elle permettait à l'épouse de pouvoir engager, à titre personnel, les biens réservés qui, antérieurement à la loi, ne se seraient pas trouvés entre les mains du mari.

La loi du 22 septembre 1942 va, en supprimant toute distinction parmi les biens réservés, s'éloigner du principe de l'obligation unique du mari aux dettes du ménage et accentuer le caractère tout à fait particulier de ces dettes.

Aux termes de l'article 225, en effet, les créanciers du ménage, qu'ils aient contracté avec la femme ou avec le mari, se voient reconnaître le droit d'exercer leurs poursuites sur tous les biens réservés, même si, antérieurement à la loi de 1907, ces biens ne se trouvaient pas entre les mains du mari, donc même sous les régimes séparatistes. Désormais, les créanciers des époux se trouvent avoir comme gage les biens de communauté, les biens du mari et les biens réservés de l'épouse, du moment que l'obligation a été contractée dans l'intérêt du ménage.

(1) Les solutions que nous venons de donner à propos du droit de poursuite des créanciers du ménage sur les biens réservés d'une femme mariée sous un régime séparatiste, ne valent que si l'on admet que la Jurisprudence, qui déclare les époux séparés de biens solidairement tenus des dettes du ménage, est mal fondée. Nous examinerons ce problème plus loin. Nous nous sommes bornés pour l'instant à l'application stricte du principe de représentation. Dans le cas contraire, il faut décider que, du moment que la femme est engagée solidairement avec son mari pour les dettes du ménage, elle peut être poursuivie sur tous ses biens, y compris les biens réservés. Mais alors on enlève toute signification à la réserve introduite par le législateur. Jary, *op. cit.*, p. 233, y voyait une preuve décisive du mal fondé de cette jurisprudence. Du point de vue théorique tout au moins, on peut se demander si cette réserve de l'article 3, § 2 de la loi de 1907, ne constitue pas plutôt une erreur à supprimer.

Mais ce faisant, la femme va se voir tenue sur certains de ses biens personnels aux dettes de ménage et une première exception est ainsi apportée par le législateur lui-même, au principe de l'obligation du mari à l'entretien du ménage et de la non-obligation de l'épouse.

En réalité, le législateur a été dominé par l'idée, d'ailleurs très juste, que les dettes de ménage constituent, dans le passif des époux, une catégorie particulière devant être sérieusement protégée, étant donné leur caractère alimentaire. Peu à peu, se dégage la conception suivant laquelle seul le but de ces dettes doit être pris en considération, celui-ci entraînant un gage toujours plus étendu au profit des créanciers. Ces dettes correspondant aux besoins journaliers et sans cesse renouvelés du ménage, les biens qui dans les patrimoines des époux présentent ce caractère, doivent en répondre, donc en premier lieu, les gains des époux, mais aussi leurs revenus. Le législateur a consacré la solution qui s'imposait en ce qui concerne les premiers. Nous verrons plus loin la solution qui doit être adoptée pour les seconds.

Puisque les créanciers du ménage peuvent poursuivre les biens du mari et de la communauté d'une part, et les biens réservés de l'épouse, de l'autre, il faut, pour préciser leurs droits d'action, se demander s'ils doivent observer un certain ordre dans l'exercice de leurs poursuites.

Nulle part la loi de 1942, pas plus que celle de 1907, n'a spécifié de restriction aux droits de poursuite des créanciers à l'égard des biens qui répondent de leurs créances. Lors de la discussion de la loi de 1907, une proposition Grosjean voulait que les biens réservés ne répondissent des dettes ménagères du mari qu'en cas d'insuffisance des biens de celui-ci ou de la communauté. Mais le texte définitif n'a pas reproduit une telle disposition et les biens réservés peuvent tout aussi bien être saisis en premier lieu. Cette solution est d'ailleurs normale sous le régime de communauté, puisque les biens réservés ont été détachés du patrimoine commun. Elle concorde sous les régimes séparatistes avec l'attitude de la Jurisprudence que nous rencontrerons plus loin et qui condamne solidairement les deux époux aux dettes du ménage.

En conséquence, sous le régime de communauté en particulier, il est certain que les deux fractions du patrimoine commun et les

biens propres du mari en assumant indistinctement la responsabilité ; la plus grande liberté est laissée aux créanciers qui exercent leurs poursuites comme ils l'entendent. Ils peuvent réclamer le paiement de leurs créances au mari et le mettre seul en cause, saisir uniquement ses biens personnels et les biens communs ordinaires, sans que le mari ne puisse se dérober au paiement de l'intégralité de la dette, ni exiger la mise en cause de l'épouse. Mais le créancier a le droit, s'il le préfère, de poursuivre l'épouse en tant qu'administratrice des biens qui répondent de la dette. Enfin, et ce sera le cas le plus fréquent, il peut diriger sa demande en paiement et les poursuites contre les deux époux, afin d'obtenir leur condamnation simultanée, ce qui lui permettra de saisir l'un quelconque des biens faisant partie de son gage général en cas de non-paiement.

Il est certain que ces solutions peuvent être expliquées aussi bien par la théorie de la représentation que par celle d'un pouvoir propre. Il n'en est pas moins vrai cependant que la raison qui faisait repousser la seconde perd de sa valeur, puisque les gains de la femme sont soumis au droit de poursuite des créanciers du ménage. Seul le désir de soustraire les autres biens personnels de la femme à toute action de la part de ces créanciers peut toujours conduire à la repousser. Ce désir est-il légitime ? La Jurisprudence s'en est-elle tenue à cette solution ? C'est ce qui nous reste à examiner, en étudiant le droit de poursuite des créanciers du ménage sur les biens personnels de l'épouse.

SECTION III

De l'action des créanciers du ménage contre les biens personnels de la femme

Lorsque la femme agit en vertu de ses pouvoirs ménagers, il est certain que l'application à la lettre du principe de la représentation conduit à décider que la femme ne peut être poursuivie pour le paiement des dettes, parce qu'elles n'ont pas été contractées par elle et que ces dettes de ménage n'obligent que le mari mandant.

La Jurisprudence a, pendant longtemps, appliqué ces conséquen-

ces : il nous faudra le montrer tout d'abord. Mais, plus récemment et dans une mesure d'ailleurs variable selon les régimes matrimoniaux, les tribunaux ont été amenés à condamner la femme en même temps que le mari. Nous aurons donc à exposer ensuite cette évolution extrêmement intéressante, en déceler les motifs profonds, ce qui nous permettra d'indiquer la solution qui nous paraîtrait devoir l'emporter pour concilier au mieux les intérêts en présence, tels que nous les avons présentés dans l'introduction.

§ 1. — *De l'application stricte des règles de représentation et de la non-obligation de l'épouse aux dettes de ménage.*

Il est de nombreuses décisions jurisprudentielles qui ont proclamé la non-obligation de l'épouse aux dettes de ménage à l'égard des tiers.

Certains arrêts prennent le soin de relever que le phénomène du mandat a pour effet que « la femme oblige le mari sans s'obliger elle-même » (1) ; la Cour de Cassation devait proclamer, le 7 juillet 1896, cette impossibilité pour les créanciers d'agir contre la femme : « La femme n'est pas codébitrice conjointe ou solidaire à moins qu'il ne résulte des circonstances qu'elle ait agi en son nom personnel avec autorisation de son mari » (2).

Le Tribunal civil de la Seine en déduisait, le 8 décembre 1920, la conséquence suivante : « La femme commune en biens qui renonce à la communauté, ne peut être poursuivie en paiement d'une dette de communauté qu'elle n'a contractée qu'en vertu du mandat de son mari » (3).

La Cour de Paris devait, le 31 janvier 1935, en donner la raison pour le régime de communauté : « Aux termes de l'article 1420 du Code Civil, la dette ainsi contractée par la femme est à la charge de la communauté et le paiement ne peut en être poursuivi ni con-

(1) Trib. Seine, 14 mars 1889, D. 1891.2.260. Rouen, 3 juillet 1895, Gaz. Pal. 1896.1.419. Trib. Seine, 3 décembre 1895, Gaz. Pal. 1896.2.132. Trib. Seine, 7 décembre 1899, Pand. Franc. 1902.2.30.

(2) Cass. Civ., 7 juillet 1896, D.P. 1898.1.18. Nous savons ce qu'il faut penser de l'idée d'autorisation tacite du mari. Cf. Dijon, 3 mai 1911. Rec. Dijon, 1911, 165.

(3) Trib. Seine, 8 décembre 1920, Gaz. Trib. 1921.2.441.

tre la femme, ni contre ses biens personnels, le mari seul peut être poursuivi » (1).

L'épouse ne peut juridiquement se voir tenue aux dettes de ménage que si le mari était insolvable au moment où la dette a été contractée. Et encore cette affirmation ne nous semble exacte que pour le régime de séparation de biens, pour lequel l'article 1448, alinéa 2, prévoit formellement la responsabilité de l'épouse au cas d'insolvabilité du mari en ce qui concerne les dettes du ménage.

Pour le régime de communauté, il existe bien l'obligation de secours et d'assistance à la charge de l'épouse, mais l'obligation alimentaire de cette dernière ne s'étend pas à toutes les dettes de ménage, telles que nous les avons plus haut définies. Elle ne couvre pas la satisfaction de tous les besoins collectifs de la famille. Son objet est plus précis. Ce n'est que dans le cas où il s'agira d'une véritable nécessité alimentaire que la femme commune en biens pourra être poursuivie par les créanciers du ménage qui n'ont pu se faire payer par le mari (2).

Il est bon de noter d'ailleurs que, par application de la théorie de la représentation, les dettes du mari et de la femme n'ont pas la même cause, puisque la première est d'origine contractuelle, tandis que la seconde trouve son fondement dans la loi.

On s'est alors demandé si l'épouse ne pouvait pas être déclarée responsable du prix des fournitures qui la concernent ou dont elle profite. A défaut d'une action personnelle, née du contrat, les tiers ne peuvent-ils pas prétendre avoir contre elle une action de *in rem verso* ?

En examinant la question de plus près, on s'aperçoit bien vite qu'un tel raisonnement est inadmissible, car c'est faire une déduction superficielle que de croire que l'épouse profite, au sens juridique du mot, des fournitures qu'elle utilise personnellement. Il ne faut pas oublier, en effet, que ce n'est pas à elle-même, mais au mari, de pourvoir à ses besoins et qu'ainsi ce n'est pas elle, mais le mari qui se trouve enrichi du montant des fournitures qui y ont

(1) Paris, 31 janvier 1935, *Gaz. Pal.* 1935.1.528. Cf. Trib. Clamecy, 24 juillet 1902, *Le Droit*, 23 octobre 1902. Bordeaux, 3 mai 1904, *Gaz. Trib.* 1905. 1. Mat. 25.

(2) Nous étudions présentement les solutions jurisprudentielles en nous plaçant à une époque antérieure à la loi de 1942. Nous verrons plus loin les modifications qui ont pu intervenir du fait de cette loi.

satisfait. C'est un point que Pothier avait déjà fort bien mis en lumière : « A l'égard des dettes auxquelles la femme ne s'est pas obligée en son nom, dit-il, la femme et ses héritiers n'en sont pas tenus envers le créancier, quand même ce serait des dettes dont il pourrait sembler que la femme a profité, telles que sont celles du boulanger, du boucher, du marchand qui a vendu les étoffes dont elle est habillée. La raison est que la femme est censée avoir payé à son mari tout ce qu'elle a consommé de ces différentes fournitures par la jouissance de la dot qu'elle lui a apportée « *ad sustinenda onera matrimonii* ». L'ayant payé à son mari, elle ne doit pas être obligée à le payer une seconde fois aux marchands... ; ils ne sont pas plus fondés à le lui demander que ne le serait un boulanger qui aurait fourni du pain à un maître de pension et qui s'aviserait d'en demander le prix aux pensionnaires qui l'ont mangé » (1).

De nombreux arrêts ont dégagé cette impossibilité d'appliquer l'action de *in rem verso* à l'égard de la femme, en l'absence d'un enrichissement sans cause de sa part.

La Cour de Paris, le 28 novembre 1890, vient décider en ce sens : « attendu que vainement la demanderesse soutient que la dame B... ayant profité des fournitures à elle faites, elle est en droit d'en poursuivre le paiement contre elle en vertu de l'action de *in rem verso* ; que ce n'est pas la dame B..., en effet, mais la communauté, chargée de pourvoir à son entretien, qui a recueilli le bénéfice de ces fournitures litigieuses » (2). Et la Cour de Dijon rappelle le même principe le 3 mai 1911 : « La femme ne peut être tenue des dettes contractées pour subvenir à son entretien en vertu de l'action de *in rem verso*. Ce n'est pas du reste elle qui s'est trouvée enrichie mais bien la communauté obligée de lui assurer cet habillement » (3).

Il n'en serait autrement que lorsque la dépense présente un caractère somptuaire excédant nettement les limites de l'obligation du mari. Ce dernier cessant alors d'en être tenu, soit en vertu du mandat domestique, soit par l'action de *in rem verso*, le fournisseur a la ressource d'engager cette dernière action contre la femme enrichie

(1) Pothier, *op. cit.*, n° 74. Cf. Nast, *Note au Dalloz*, 1926.2.77. Lagarde, *Revue trim. de Dr. Civ.* 1944, p. 106. Cass. civ., 7 juillet 1896, D. 1896.1.8.

(2) Paris, 22 novembre 1890, D. 1891.2.257.

(3) Dijon, 3 mai 1911, *Gaz. Trib.* 1912.II. Mat. p. 28. Cf. Trib. Seine, 8 décembre 1920, *Gaz. Trib.*, 1921.2.441.

sans cause, dans la mesure même du profit qu'elle retire de cette dépense (1). Mais il faut bien remarquer que l'on ne se trouve précisément plus dans le domaine des pouvoirs ménagers de l'épouse. Il en serait de même quand l'obligation du mari a cessé à la suite d'une séparation de fait due à la faute de son épouse : le fournisseur de cette dernière, privé de toute action contre le mari, peut exercer un recours contre elle : c'est ce qu'a notamment décidé un arrêt de la Cour de Paris du 7 mars 1890 (2).

L'application des règles de la représentation conduisant à repousser la possibilité pour les créanciers de s'adresser à la femme pour demander le paiement des dettes que celle-ci avait pu contracter, il était naturel de se demander si la femme ne pouvait pas s'engager personnellement au paiement des dettes de ménage.

Avant la loi de 1938, il est certain qu'une telle solution ne pouvait être admise, la femme étant incapable de s'engager sans l'autorisation de son mari, même si elle en avait le désir. Tel était le résultat du principe d'incapacité générale qui la frappait.

C'est ce qu'avait déjà décidé dans notre Ancien Droit un arrêt du Parlement de Paris du 27 juillet 1761, rapporté par Toullier.

Le Tribunal civil de la Seine proclamait le 3 décembre 1895 la même solution par un jugement, aux termes duquel « la femme n'a pu prendre d'engagement personnel valable sans l'autorisation de son mari » (4). On admettait seulement, non sans discussion d'ailleurs, que la femme séparée de biens pouvait, dans les limites d'une libre administration, assumer des dettes par ses contrats et, parmi les actes d'administration, on comprenait toutes les opérations que comporte la gestion du ménage et qui ne sont généralement qu'un mode de disposition des revenus (5). Lorsque la femme séparée de biens avait ainsi contracté valablement, parce que son obligation était l'effet de son administration, elle se trouvait obligée sur tous ses biens, comme un débiteur ordinaire : son créancier avait pour gage tout son patrimoine, y compris les immeubles dont elle ne pouvait cependant pas disposer. C'était l'effet de l'article 2092

(1) Trib. Seine, 14 mars 1889, D. 1891.2.259 ; 11 mai 1892, *Gaz. Pal.* 1892.1.782 ; Montpellier, 3 novembre 1925, D.P. 1927.2.16.

(2) Paris, 7 mars 1890, D. 1891.2.257.

(3) Trib. Seine, 3 décembre 1895, D. 1896.2.132.

(4) En ce sens Planiol, Ripert et Nast, *op. cit.*, n° 1024.

d'après lequel « quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens, mobiliers et immobiliers, présents et à venir ».

Il est toutefois un cas spécial dans lequel on pouvait à la rigueur reconnaître à la femme capacité de s'obliger personnellement par ses actes ménagers. C'est lorsque, pendant une instance en divorce ou en séparation de corps, elle était autorisée judiciairement à vivre en dehors du domicile conjugal. Sans doute, pendant l'instance en divorce, la femme restait frappée d'incapacité et n'avait pas la libre administration de son patrimoine, si le contrat de mariage l'avait confiée au mari. Mais il semblait à beaucoup (1) qu'elle était habilitée par l'ordonnance du Président à passer de tels actes. Elle était donc capable de s'obliger valablement dans cette mesure pendant la durée de l'instance.

La Jurisprudence a fréquemment statué en ce sens et par suite condamné l'épouse à acquitter personnellement les fournitures commandées (2).

Mais, en dehors de ces hypothèses exceptionnelles où la femme paraissait pouvoir agir personnellement pour les besoins du ménage, il ne fait aucun doute que les engagements souscrits par elle en son propre nom devaient être annulés (3), et que les fournisseurs ne pouvaient prétendre à la poursuivre de ce chef.

La situation a changé avec la loi du 18 février 1938, qui a conféré à la femme mariée « le plein exercice de sa capacité civile, sous réserve des restrictions résultant de limitations légales ou du régime matrimonial qu'elle a adopté », et il n'est plus possible de tenir pareil raisonnement.

La femme, étant désormais pleinement capable, peut s'engager personnellement à l'égard des tiers au paiement des dettes de ménage.

Il en découle que l'épouse séparée de biens est capable de s'obliger, personnellement sur ses biens propres (paraphernaux) sans qu'il y ait lieu de faire une distinction entre les actes de libre administration et ceux qui ne le sont pas.

(1) De Loynes, *note* au D. 1891.2.257.

(2) Trib. Versailles, 16 juillet 1873, D. 1875.2.41 ; Lyon, 7 décembre 1901, *Gaz. Pal.*, 1902.1.63.

(3) Réserve faite de la validité, depuis 1907, de l'engagement de la femme sur ses biens réservés.

Quant à la femme commune en biens ou mariée sous le régime sans communauté, elle peut engager ses propres, en toute propriété en ce qui concerne les biens dont elle s'est réservée par contrat la gestion et la jouissance; en nue propriété dans le cas contraire, d'ailleurs le plus fréquent. Dans ce cas, en effet, elle n'a pas le droit d'obliger l'usufruit de la communauté sans le consentement de son époux. Mais cet usufruit est le gage des fournisseurs qui ont contracté avec le mari, si bien qu'en définitive, sous tous les régimes matrimoniaux, toutes les fois que la femme entend s'obliger personnellement à côté de son mari obligé comme mandant, les créanciers, pour dettes de ménage, ont pour gage les biens personnels des époux (à l'exclusion de la nue-propriété de la dot sous le régime dotal) et, sous le régime de communauté, un gage aussi étendu que celui qu'ils auraient si l'on adoptait la théorie du pouvoir propre.

Mais, pour qu'il en soit ainsi, encore faut-il que l'intention de la femme d'agir personnellement soit formellement établie. La présomption est, en effet, en sens opposé et il faut que le contraire résulte des circonstances pour admettre qu'elle a entendu s'engager en son propre nom. La question se pose donc de savoir quelles sont ces circonstances desquelles ressortira l'intention de la femme de s'engager sur ses propres biens. On peut penser que la Jurisprudence tendra à être de plus en plus large en ce domaine.

L'exemple le plus net est évidemment le cas où la femme aura expressément déclaré au tiers contractant qu'elle entend s'engager personnellement. Mais même en dehors d'une déclaration formelle, il est bien des circonstances qui pourront être retenues par les tribunaux : ainsi en sera-t-il lorsque l'épouse aura passé, sous son propre nom, un acte écrit ; ou encore lorsqu'il sera notoire que le mari est sans fortune et que la femme conduit le ménage à l'aide de ses ressources personnelles ; on pourra déduire enfin l'intention de la femme du fait que celle-ci contracte à crédit après une révocation expresse et dûment publiée du mari (1).

Donc, et pour nous résumer, si l'on s'en tient aux principes stricts de la représentation du mari et de son obligation de subvenir seul

(1) Nous verrons plus loin que la Jurisprudence, antérieurement à la loi de 1938, au mépris de l'incapacité de la femme mariée, avait déjà parfois entendu déduire de ces circonstances un engagement personnel de la femme.

aux dettes de ménage à l'égard des tiers, la femme ne devrait pouvoir être poursuivie, en vertu du contrat, qu'au cas d'engagement personnel de sa part et cela depuis la loi du 18 février 1938.

Nous allons voir comment un certain nombre de décisions tout en continuant d'affirmer le principe du mandat domestique et en condamnant par suite le mari à payer les dettes de ménage, en sont arrivées cependant à reconnaître aux créanciers une action contre la femme, allant même parfois jusqu'à la déclarer tenue des dettes conjointement ou même solidairement avec son époux. Ces solutions qui, comme nous le verrons, sont devenues en certains cas des solutions de principe, ne peuvent s'expliquer qu'en reconnaissant à l'épouse un véritable pouvoir propre.

§ 2. — *Des efforts de la Jurisprudence pour rendre la femme responsable des dettes de ménage vis-à-vis des tiers*

Si nous examinons les hypothèses dans lesquelles cette tendance s'est peu à peu affirmée, nous devons constater que rares sont celles où les époux sont mariés sous le régime de la communauté (1), mais qu'en revanche la condamnation solidaire des époux a tendu à devenir la règle au cas où les époux sont séparés de biens. La Cour de Cassation est même venue appuyer de son autorité cette Jurisprudence par un arrêt du 31 octobre 1934 (2).

Peut-être, la raison de cette différence réside-t-elle pratiquement dans le fait que la condamnation de la femme était moins nécessaire et plus difficilement admissible sous les régimes de communauté. En vérité, il faudra nous demander si les tribunaux ne se sont pas laissés guider uniquement par des considérations de fait et par le désir de protéger toujours davantage les intérêts des tiers — plus que ceux de la femme — pour aboutir à sa condamnation, fût-ce au prix des principes juridiques que les tribunaux continuaient de prétendre appliquer. Mais ainsi on est arrivé à des solutions qui peuvent paraître boiteuses et contradictoires, et nous

(1) Nous verrons tout à l'heure qu'un arrêt récent de la Cour de Paris du 11 décembre 1943. S. 1945.II.57 a posé le principe de la condamnation solidaire des époux aux dettes du ménage sous le régime de communauté. Se trouve-t-on en présence d'un revirement de la Jurisprudence ?

(2) Cass. Req. 31 octobre 1934, D.P. 1935.1.73.

aurons à rechercher si la théorie du pouvoir propre ne serait pas précisément apte à satisfaire aux exigences de la situation.

Ainsi, toute cette étude de Jurisprudence présentera le grand avantage de nous orienter dans la détermination des conséquences qui doivent être attachées à cette théorie du pouvoir propre de l'épouse.

Nous avons déjà vu qu'elle présentait l'avantage de satisfaire aux exigences de la personnalité féminine et de pouvoir s'encadrer dans l'organisation hiérarchique de la famille. Nous parviendrons à prouver, du moins nous l'espérons, qu'elle satisfait en même temps, mieux que toute autre, les intérêts des tiers, sans pour cela entraîner pour la femme une responsabilité exagérée.

Nous étudierons tour à tour la situation des tiers, vis-à-vis de la femme mariée sous le régime de communauté, à l'égard de la femme séparée de biens, enfin face à une femme soumise au régime dotal, telle qu'elle découle des solutions jurisprudentielles.

A. — *Obligation de la femme commune en biens.*

Remarquons, tout d'abord, — et peut-être aurons nous là l'une des explications du fait que la Jurisprudence n'a pas senti le besoin de permettre aux tiers de poursuivre les biens personnels de la femme sous le régime de communauté, — que la femme commune en biens va se trouver obligée aux dettes de ménage par les règles mêmes du régime.

En effet toutes les dettes du mari obligent la communauté (art. 1409, al. 2 du Code civil) et comme la femme, en tant que membre de cette communauté supporte la moitié des dettes communes, elle se trouve grevée, dans la même mesure, des dettes de ménage qui sont censées contractées par le mari lui-même. Dans ce régime la collaboration pécuniaire des époux est largement assurée. Le ménage existe et il se trouve englobé dans la communauté. Il est alors une institution d'ordre public faisant partie du droit matrimonial. Ainsi les tiers trouveront dans l'obligation du mari et de la communauté une garantie suffisante et l'obligation personnelle de la femme ne présente guère d'avantages.

Il faut remarquer cependant que cette responsabilité de l'épouse n'est pas nécessaire, car la femme peut toujours s'y soustraire en

renonçant la communauté (art. 1494), et que de plus elle est retardée jusqu'à la dissolution de la communauté. Ce n'est qu'à ce moment que l'on saura si la femme accepte ou renonce. On peut ajouter enfin que, même pour la femme acceptante, elle ne dépassera pas la part prise par celle-ci dans l'actif commun ; on sait que l'épouse ayant pris la précaution de faire inventaire, ne supporte les dettes communes que jusqu'à concurrence de son émolument (art. 1483). De tout cela, il ressort que, s'il y a sous le régime de communauté une obligation de la femme pour les dettes de ménage, elle n'est jamais qu'incertaine, tardive et partielle (1).

Aussi certaines décisions ont exceptionnellement admis la possibilité pour les tiers de poursuivre immédiatement les biens personnels de l'épouse avec laquelle ils avaient contracté.

Cette résistance à l'application des règles du mandat s'est toujours manifestée en ce qui concerne les dettes intéressant l'entretien des enfants communs et leur éducation sur le fondement de l'article 203 du Code civil, aux termes duquel « *les époux contractent ensemble par le seul fait du mariage l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants* ». La Jurisprudence a toujours condamné solidairement les deux époux au paiement de ces dettes.

La volonté de condamner l'épouse s'est fait jour aussi en ce qui concerne le paiement de ses propres soins médicaux.

Il est enfin certaines décisions qui ont adapté la même solution à propos de dettes quelconques de ménage.

La Jurisprudence relative à la condamnation solidaire des époux aux dettes d'entretien des enfants sous le régime de communauté a son point de départ dans un arrêt de la Cour de Cassation, en date du 21 mai 1890, qui déclare « qu'il résulte de cet article (art. 203) que l'obligation de nourrir, entretenir et élever les enfants communs pèse en même temps et pour le tout sur chacun des deux époux : par suite, le tiers à qui l'enfant a été confié soit par les deux époux, soit par l'un d'eux, pour être nourri, entretenu et élevé, a une

(1) La Cour de Cassation avait formellement repoussé la condamnation de la femme aux dettes de ménage, sous le régime de communauté, par un arrêt du 22 novembre 1896. S. 1896.1.14.

action, même pendant la communauté, tant contre la femme que contre le mari » (1).

Pourtant, logiquement, les frais d'entretien et d'éducation des enfants constituent une charge du ménage et par conséquent seul le mari devrait être tenu vis-à-vis des tièrs (2).

Aussi, ne faut-il pas s'étonner que la doctrine favorable à la thèse du mandat domestique se soit élevée contre cette solution.

Demolombe et Laurent (3) notamment ont critiqué cette condamnation des deux époux. Ce dernier écrit : « Il est certain que c'est le mari qui doit être actionné, puisque sous tous les régimes, c'est lui qui supporte les frais de l'éducation ; et il n'a aucun recours contre sa femme, celle-ci contribuant aux charges du ménage en abandonnant à son mari tous ses revenus ou une partie suivant les régimes. En principe, la femme ne peut donc être actionnée, le créancier ne peut agir contre elle, que si le mari n'a pas de ressources suffisantes ».

Tel est également l'avis de M. Beudant (4) qui a critiqué la Jurisprudence instituant la solidarité entre époux : « L'article 203 dit bien : les époux sont tenus ensemble... mais cela ne veut pas dire qu'il y ait convention de solidarité. Cela signifie, d'abord, que les époux ont action l'un contre l'autre pour se contraindre, au besoin, à l'exécution de leurs obligations, en second lieu que la femme même peut être actionnée pour le tout si le mari n'a pas les ressources nécessaires, comme le répète l'article 1448, al. 2... L'expression n'est pas assez nette pour qu'elle puisse être considérée comme ayant établi un cas de solidarité légale elle a été choisie précisément ayant établi un cas de solidarité... Dans l'interprétation jurisprudentielle, il n'y a qu'une méprise de langage ».

MM. Lecourtois et Surville exposent eux aussi les raisons qui leur font condamner cette solution : « Si le père qui centralise entre ses mains les ressources affectées aux dépenses de ménage ne paie pas les frais d'éducation et d'entretien de l'enfant, comment comprendre que la femme soit exposée à des poursuites pour le paiement

(1) Cass. Civ. 21 mai 1890, S. 1891.1.81, note de Bourcart. D. 1890.1.337, note de Loyens.

(2) C'est la solution qu'avait adopté le tribunal de Charolles dont la décision fut cassée par la Cour de Cassation.

(3) Demolombe, *op. cit.* t. II, n° 4 ; Laurent, *op. cit.*, t. III, n° 43.

(4) Beudant, *Cours de droit civil français*, 2^e édit., t. III, n° 1402.

d'un arriéré peut-être considérable. L'épouse a dû verser volontairement ou après poursuites sa contribution aux mains de son conjoint. Si elle l'a fait, on ne peut pas dire qu'elle ait mal payé. Et elle pourrait être contrainte de payer une seconde fois sur la poursuite du tiers chez qui l'enfant a été placé. S'il en était ainsi notre législation consacrerait une iniquité » (1).

Il est certain que cette Jurisprudence entraîne des conséquences fâcheuses que la théorie du pouvoir propre devra éviter si elle ne veut pas courir le risque d'être écartée.

On peut d'ailleurs adresser une autre critique à cette solution : celle d'établir une distinction arbitraire entre les frais d'entretien et d'éducation des enfants et les autres dépenses de ménage. Une telle distinction méconnaît, que, du fait du mariage, l'article 203 s'est fondu avec les articles 212 et 214 dans le creuset du régime matrimonial. Elle dissocie les éléments du passif social, correspondant aux charges du ménage, que les termes de l'article 1448 comme ceux de l'article 1409, al. 5 (2), relie étroitement entre eux. Pour bien saisir toute la portée de ce reproche, il suffit de considérer les inconvénients qu'entraîne une telle conception. Supposons que la femme ait commandé des provisions nécessaires la subsistance du ménage : si celui-ci ne se compose que des deux époux, seul le mari sera tenu envers les fournisseurs ; mais s'il y a des enfants vivant au foyer, il faudra, en toute logique, déterminer la part d'aliments consommée par les époux et celle qui a servi à la nourriture des enfants : pour cette dernière part, le créancier sera en droit de poursuivre la femme aussi bien que le mari. Mais comment établir une telle ventilation, surtout si un temps assez long s'est écoulé entre l'achat et la réclamation du fournisseur. La tâche apparaît impossible et cette complexité nous conduit à penser qu'un statut unique doit régler les dépenses de ménage qu'elles servent à l'entretien des époux ou des enfants (3).

(1) Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, *Traité du contrat de mariage*, t. III, n° 1491.

(2) Art. 1448. — « La femme doit contribuer... tant aux frais du ménage qu'à ceux d'éducation des enfants communs ».

Art. 1409 : « La communauté se compose passivement... 5° : des aliments des époux, de l'éducation et entretien des enfants, et de toute autre charge du mariage ».

(3) C'est d'ailleurs cette nécessité qui, nous le verrons plus loin, a poussé la Jurisprudence à étendre à toutes les dettes de ménage, sous le régime de séparation de biens, la solution suivie pour les frais d'entretien des enfants communs.

Il est d'ailleurs juste de remarquer qu'en pratique les créanciers poursuivront d'abord le mari, chef de famille, et ce n'est qu'en cas d'insolvabilité de celui-ci qu'ils se retourneront contre son épouse, ce qui nous paraît être d'ailleurs la solution la meilleure.

Il est un autre domaine où, durant un certain temps, quelques tribunaux se sont prononcés en faveur de l'obligation de l'épouse, c'est celui des soins médicaux donnés à la femme mariée.

C'est ainsi que, par un jugement en date du 19 janvier 1903 (1), le tribunal civil de Bordeaux a condamné les deux époux au paiement des frais d'accouchement de la femme. Il est à remarquer d'ailleurs que le tribunal condamnait le mari à titre de débiteur personnel et la femme seulement à titre de caution : « Attendu que l'épouse C... doit, pour avoir, sinon sollicité elle-même, du moins accepté les soins du docteur M... et s'être fait accoucher par lui, être considérée comme ayant contracté envers lui une obligation personnelle, que notamment on ne saurait se borner à voir dans ses agissements l'accomplissement d'un mandat ou un ordre donné à elle par le mari ». Le tribunal se trouvait cependant là en face d'une de ces charges du mariage qui, par application des principes du mandat, ne devraient engager que le mari et la communauté. Cette décision était alors doublement mal fondée : d'abord parce qu'une femme qui n'agit qu'en qualité de mandataire ne peut avoir l'intention de s'obliger elle-même, et ensuite parce qu'en eût-elle la volonté, elle n'en possédait pas alors la capacité. Elle révèle seulement le désir des juges d'arriver à la condamnation de l'épouse pour répondre aux exigences de l'équité.

Deux décisions devaient encore aller plus loin, puisqu'elles condamnaient solidairement les deux époux au paiement des frais médicaux. C'est d'abord un jugement du tribunal civil de la Seine, en date du 11 juillet 1922 (2) et, d'autre part, un arrêt de la Cour d'Appel de Dijon du 21 juin 1932. Cette décision est particulièrement nette : « Considérant que l'appelant est incontestablement créancier de la dame Henimann à qui il a donné des soins et qu'il

(1) Trib. Bordeaux, 19 janvier 1903, *Gaz. Trib.*, 1903.1.2.335.

(2) Trib. Seine, 11 juillet 1922, D. 1924.2.105.

est, dès lors, en droit de demander contre elle une condamnation solidaire » (1).

Une telle jurisprudence devait soulever bien des critiques et amener une réaction en sens contraire. Ce fut d'abord un jugement du Tribunal de Valence (2) qui, dans une hypothèse semblable, condamna le mari à payer au chirurgien ayant pratiqué sur sa femme une opération urgente la totalité de ses honoraires.

La Cour de Cassation devait, dans un arrêt récent du 27 janvier 1939, mettre fin à tant de contradictions, en décidant que « si, en principe, le malade qui reçoit les soins d'un médecin est tenu personnellement d'en acquitter le prix, il en est autrement de la femme mariée commune en bien (3) : que les frais médicaux rentrent dans les dépenses engagées dans l'intérêt et pour l'entretien du ménage et par suite tombent dans la communauté ; qu'à supposer que la dame B... ait elle-même pris l'initiative de solliciter les soins et d'engager ainsi la dépense relative à leur rémunération elle doit être réputée avoir agi conformément aux dispositions de l'article 1420 du Code civil : le paiement de cette dette ne peut être poursuivie ni contre elle, ni sur ses biens personnels » (4).

Cette décision supprime donc toute difficulté au sujet de la responsabilité de la femme mariée sous la communauté pour les dettes ménagères qu'elle contracte.

On doit, dans ces conditions, considérer, comme constituant des accidents, les quelques décisions jurisprudentielles qui ont parfois admis l'obligation de la femme aux dettes quelconques de ménage.

Celles-ci se fondent indifféremment sur un engagement personnel de la femme, accompagné ou non de la mention de l'autorisation tacite du mari, ou sur un enrichissement prétendu de son patrimoine qui a profité de la dépense engagée.

En conséquence, elles déclarent l'épouse tenue des dettes conjoin-

(1) Dijon, 21 juin 1932, S. 1932.2.209.

(2) Trib. Valence, 11 juillet 1933, *Gaz. Pal.* 1933.II.2.258.

(3) On voit combien la Cour de Cassation est prudente dans la détermination du champ d'application de sa décision.

(4) Cass. Soc., 27 janvier 1939, D.H. 1939.199.

tement (1) ou même solidairement (2) avec son mari. La plupart négligent d'ailleurs d'apporter des justifications à l'appui de ces solutions.

Nous nous bornerons à citer un jugement du tribunal civil de la Seine qui a décidé, le 26 décembre 1925 (3), que la femme devait comme son mari payer les dettes de ménage, « considérant que la femme a fait les commandes, les a acceptées, en a tiré profit et a pris l'engagement en vue du paiement de la facture ». Le Tribunal ne paraît pas s'être posé la question de la validité d'un tel engagement.

Nous avons rédigé à peu près complètement cet ouvrage lorsque nous avons eu connaissance d'un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 11 décembre 1943, qui vient remettre en question la Jurisprudence antérieure sur la responsabilité de l'épouse mariée sous le régime de communauté en ce qui touche les dettes de ménage. Il décide en effet, que la femme commune en biens est tenue sur ses biens propres solidairement avec son mari, d'une dette contractée dans l'intérêt du ménage, en l'espèce d'une dette de loyer, le mari étant insolvable au moment où le paiement a été poursuivi : « Considérant que, bien que mariés sous le régime de communauté, la dette a été contractée par les époux Génis dans l'intérêt du ménage, sans qu'il y ait lieu de rechercher celui des époux qui l'a assumée ; que la femme ne saurait être dispensé de faire face aux obligations contractées par l'association conjugale surtout si, comme en l'espèce, elle a occupé personnellement les lieux en 1933, son mari ayant quitté la France sans espoir de retour et étant insolvable au moment où le paiement a été poursuivi ; que la dame Genis doit donc être tenue solidairement avec son mari de la dette contractée par Genis dans l'intérêt commun » (4).

La Cour d'Appel de Paris semble donc décider qu'en principe la femme est tenue solidairement de toutes les dettes contractées dans

(1) Aix, 3 mars 1887 et Civ. rej., 16 juillet 1889, D. 1891.1.158 ; Trib. Seine, 12 décembre 1891 et Paris, 31 juillet 1894, *Gaz. Pal.*, 1894.2.426 ; Trib. Seine, 19 février 1897 et Paris, 18 novembre 1899, *Gaz. Pal.*, 1899.2.597.

(2) Trib. Seine, 31 juillet 1851 et Req. rej., 27 janvier 1857, D. 1857.1.142 ; Trib. Seine, 9 mai 1883, D. 1891.2.257 ; Trib. Seine, 9 janvier 1897 et Paris, 17 juin 1899, D. 1900.2.106 ; Trib. Avranches, 23 novembre 1900, *Gaz. Pal.*, 1901.1.682.

(3) Trib. Seine, 26 décembre 1925, D. P. 1926.2.77. Dans le même sens, Paris, 1^{er} mai 1929, *Gaz. Pal.*, 1929.2.72.

(4) Paris, 11 décembre 1943, S. 1945.2.57 avec une note de M. P. Raynaud.

l'intérêt commun et l'insolvabilité du mari n'est mentionnée qu'à titre subsidiaire. Elle va donc à l'encontre de l'arrêt de la Cour de Cassation du 27 janvier 1939 et nous serions curieux de voir la solution qui serait donnée par cette cour, si un pourvoi était formé contre cet arrêt. Nous estimons, pour notre part, qu'en l'état actuel des textes, il est impossible d'approuver cette décision. Elle n'en démontre pas moins le désir d'arriver un jour à la condamnation solidaire de l'épouse pour les dettes de ménage en toutes hypothèses : de ce point de vue, elle est particulièrement intéressante.

Malgré cet arrêt qui peut remettre le problème en question, il nous paraît possible cependant de conclure de cette étude que, mises à part les dettes contractées pour l'entretien et l'éducation des enfants, la solution donnée au problème de la responsabilité de la femme commune en biens pour les dettes ménagères qu'elle contracte n'est guère controversée ; l'épouse qui n'a pas entendu s'engager personnellement est libre de toute obligation.

La situation est loin d'être aussi claire sous le régime de la séparation de biens. La Jurisprudence a peu à peu abandonné la logique des principes. Nous allons en retracer l'évolution, essayant de découvrir les motifs qui ont poussé les tribunaux à condamner personnellement la femme aux dettes de ménage, même indépendamment d'un engagement de sa part.

B. — *Obligation de la femme séparée de biens*

Nous savons que la théorie du mandat domestique était appliquée par la Jurisprudence à la femme séparée de biens comme à la femme mariée sous le régime de communauté. En retour d'une contribution déterminée de la femme sur ses revenus, le mari était, en effet, seul tenu de supporter les dépenses du ménage.

Il n'est pas besoin d'insister sur la conception du Code civil suivant laquelle la femme est en pension chez son mari (1) ; qu'en conséquence, pas plus que la pensionnaire d'une maison de famille,

(1) L'expression « femme en pension » employée pour caractériser le régime de séparation de biens remonte à Troplong. On la trouve bien dans Pothier, mais chez lui, comme dans Bourjon, le mot de pension doit être interprété dans son sens latin de paiement périodique et ne contient aucune allusion au contrat d'hotellerie.

elle ne doit répondre des dettes de ménage. Les créanciers n'ont à leur disposition qu'une action indirecte contre la femme qui leur permet, au cas où l'épouse n'a pas encore payé sa pension, d'agir au nom du mari pour la lui faire verser. Telle était l'économie traditionnelle du régime de séparation de biens.

Mais depuis longtemps déjà les tribunaux ont réagi contre cette construction. Par étapes successives, ils se sont acheminés vers la reconnaissance d'une obligation personnelle de la femme séparée de biens, à raison des dettes de ménage. L'arrêt de la Cour de Cassation du 31 octobre 1934 marque l'étape décisive de cette évolution (1).

Nous allons retracer les paliers successifs par lesquels cette évolution a passé, évolution qui constitue une réaction très nette contre la tradition individualiste et d'ailleurs artificielle de ce régime qui tendait à maintenir chaque époux dans l'entière propriété et jouissance de ses biens personnels, oubliant qu'il existait des charges communes et qu'une certaine confusion des biens était inévitable. La tendance à l'absolue indépendance de la femme méconnaît absolument, dans ce domaine comme dans tous les autres, les réalités sociales les plus élémentaires, car elle cherche à concilier ce qui est inconciliable en fait, à savoir l'association des personnes qui naît du mariage et la dissociation des intérêts patrimoniaux des époux. Dès l'instant que deux personnes vivent sous le même toit, il se crée forcément entre elles une communauté d'intérêts, une communauté d'actif et de passif. Sous tous les régimes, il existe une société conjugale réduite à son strict minimum sous le régime de séparation de biens et s'identifiant alors avec le ménage. Si cette conception n'était pas admise en 1804, elle a pénétré depuis lors chaque jour davantage. L'obligation des époux aux dettes de ménage va ainsi se présenter, dépouillée de tout supplément contractuel, sous sa forme la plus simple et la plus caractéristique.

En remontant à la rédaction du Code civil, on s'aperçoit que l'idée du mari prenant le ménage à l'entreprise, moyennant une contribution déterminée de sa femme, quitte de toute obligation dès que cette pension a été acquittée, avait soulevé bien des protestations, notamment celles du Conseiller d'Etat Fréchart.

(1) Cass., 31 octobre 1934, D. P. 1935.1.73.

Certes, à l'origine, la doctrine et les premières décisions des tribunaux ont adopté sans hésiter le principe de l'irresponsabilité de la femme seulement tenue du versement de la part contributoire à son mari et cela à moins que les créanciers ne puissent prouver que la femme ait entendu s'engager personnellement à leur égard (1). Le Tribunal de la Seine devait rester très longtemps attaché à cette conception.

Une telle irresponsabilité pouvant parfois être choquante, on reconnaissait aux créanciers le bénéfice de l'action oblique dont le caractère illusoire était d'ailleurs frappant. On ne voit pas, en effet, comment les tiers pourraient savoir si la femme s'était acquittée ou non de sa pension, alors que les époux l'ignorent généralement, son montant ne pouvant être déterminé que par une comptabilité compliquée, en pratique jamais tenue (2). De plus, le montant de la pension due par la femme rentre dans le patrimoine du mari dans un hypothèse précisément où l'insolvabilité du mari existe, ce qui amène les créanciers du ménage à subir le concours de tous les autres créanciers du mari (3).

C'est alors que certains auteurs voulant fournir aux créanciers du ménage des garanties sérieuses, regrettant l'inefficacité des artifices que sont l'action oblique et l'action de in rem verso et se refusant malgré tout à abandonner les règles relatives à l'étendue de la contribution de la femme, proposèrent de reconnaître aux tiers une action directe contre elle, mais limitée à la somme qu'elle devait verser à son mari. C'était admettre l'obligation limitée de l'épouse aux dettes de ménage, les tiers n'ayant plus besoin de faire la preuve que la part contributoire n'avait pas été versée par la femme ; ainsi les créanciers du ménage n'avaient plus à supporter

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Séparation de biens*, section 2, § 5, n° 8 ; Laurent, *op. cit.*, t. XXII, n° 284 ; Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, *op. cit.*, t. III, nos 1489 et 1491 ; Jossierand, *op. cit.*, t. III, n° 528 ; Planiol, Ripert et Nast, t. II, n° 1020 ; Chéron, *Rev. trim.* 1909, p. 760.

Trib. Seine, 31 juillet 1851, D. 1857.I.142 ; 3 décembre 1895, D. 1896.2.132 ; 9 janvier 1897, D. 1900.2.106 ; 7 décembre 1899, *Pand. Franc.*, 1902.2.30 ; Agen, 13 juillet 1849, D. 1849.2.168.

(2) Voir Savatier : *Des inconvénients du régime conventionnel de séparation de biens*, D. H. Chr., 1929.21.

(3) Sous le régime de communauté, les créanciers ne peuvent avoir l'occasion d'exercer l'action oblique contre la femme, puisque celle-ci ne doit rien à son mari, entre les mains duquel se trouve obligatoirement sa contribution,

le concours des créanciers personnels du mari, ce qui leur était très précieux au cas d'insolvabilité de celui-ci.

Pour ce faire, ont fit état de l'article 1448, ce texte s'appliquant pour les partisans de cette action, non seulement aux rapports entre époux, mais encore aux rapports entre l'un d'eux et les créanciers du ménage, visant à la fois ainsi la contribution et l'obligation aux dettes de ménage (1).

Il y avait là une confusion entre les règles d'obligation et de contribution aux charges du ménage. Ce texte, comme les articles 1537 et 1575 était spécial à un régime matrimonial, il n'était donc pas d'ordre public et ne pouvait régler qu'une simple question de contribution, c'est-à-dire un problème concernant les rapports entre époux (2). Ce serait autrement lui donner un caractère d'ordre public et par conséquent admettre son application sous tous les régimes matrimoniaux. Or, précisément, les partisans de cette conception se refusaient à admettre l'obligation uniforme et illimitée de la femme aux dettes de ménage puisque la femme séparée de biens ne devait être tenue que dans la mesure de sa contribution.

Devant l'insuccès de cette théorie et la nécessité pourtant urgente de donner aux créanciers un gage très large, on chercha la solution dans une autre voie. S'appuyant sur l'article 1448, al. 2, par lequel la femme séparée de biens judiciaire était tenue à l'égard des tiers au cas d'insolvabilité du mari (3), on étendit cette solution à la femme séparée de biens par contrat de mariage, étant donné qu'il aurait été choquant de la traiter différemment.

La doctrine en arrivait logiquement à limiter l'action des créanciers de la femme au cas d'insolvabilité du mari et à appliquer au régime de séparation de biens les principes valables sous tous les régimes.

Mais la Jurisprudence ne devait pas s'en tenir à l'application rigoureuse des principes juridiques : elle devait au contraire, dispensant les créanciers de la preuve de l'insolvabilité du mari, leur permettre de poursuivre directement les biens de l'épouse. Cependant, elle ne devait reconnaître cette action des créanciers contre la

(1) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4^e éd., t. V, § 516, texte et note 674 ; Guillaud, *op. cit.*, t. III, n° 1222.

(2) Nous verrons plus loin ce qu'il faut penser de cette affirmation depuis la loi de 1942.

(3) Paris, 21 avril 1830. S. 1830.2.218 ; Req., 25 mai 1891 précité ; Trib. Seine, 18 mars 1909, D. 1910.5.17.

femme que par paliers, pour certaines catégories de dettes d'abord pour en arriver, en multipliant ces catégories, à poser le principe de l'obligation de la femme séparée de biens pour toutes les dettes de ménage.

Le point de départ de cette Jurisprudence se trouve dans l'article 203, à propos des dépenses faites dans l'intérêt des enfants, ce texte établissant l'obligation des époux à leur égard et les tribunaux en déduisant implicitement l'obligation des époux à l'égard des tiers.

Dès 1842, la Cour de Paris estimait que les créanciers des dépenses faites dans l'intérêt des enfants avaient action pour le tout contre la femme et affirmait l'obligation solidaire des époux à l'égard des tiers (1).

La Cour d'Agen justifiait, le 18 juin 1851, par de longs développements cette solution : l'obligation mise par l'article 203 à la charge des époux « est antérieure et supérieure à toutes les législations » et elle en concluait qu'il en résultait « une solidarité nécessaire entre eux ». La Cour ajoutait d'ailleurs : « qu'à la vérité, tant que les intérêts des époux sont réunis et confondus sous la direction et l'administration du mari, c'est lui qui doit naturellement satisfaire à cette commune obligation ; mais que, s'il ne l'a pas remplie et s'il n'a point soldé les dettes contractées pour la remplir lorsqu'il pouvait encore en avoir les moyens, la femme, ressaisie de ses droits par suite d'une séparation de biens, n'en est pas moins tenue par l'effet de la solidarité qui la lie, d'acquitter même les dettes résultant de dépenses antérieures à la séparation prononcée » (2).

La Cour de Paris précisait, le 20 mars 1850 (3), que cette action était reconnue aux créanciers quand bien même la femme se serait régulièrement acquittée de son obligation envers le mari : ce n'était donc plus seulement une action indirecte, exercée au nom du mari et jusqu'à concurrence de la pension due à ce dernier, que le créancier possédait contre la mère de l'enfant mais une action directe ayant sa source dans l'obligation alimentaire dont elle était personnellement tenue.

Nous savons comment la Cour de Cassation devait par un arrêt du

(1) Paris, 3 juin 1842, D.J.G., v° *Contrat de mariage*, n° 3137.

(2) Agen, 18 juin 1851, D. 1851.2.228.

(3) Paris, 20 mai 1850, D. 1850.2.137. Cf. Bordeaux, 19 janvier 1888, S.1888.2.132.

21 mai 1890 (1) confirmer toute cette Jurisprudence, en l'étendant d'ailleurs à toutes les mères quel que soit le régime matrimonial des époux.

Ce point de départ acquis devait inévitablement être dépassé par les tribunaux, car il eût été paradoxal que les créanciers eussent action contre la femme pour les dépenses relatives à un enfant sans pouvoir la poursuivre pour les dépenses faites dans son intérêt personnel. Aussi l'offensive jurisprudentielle e devait pas tarder à se déployer dans ce second secteur, mais seulement pour le régime de séparation de biens à l'exclusion des régimes de communauté.

Les tribunaux ont rapidement considéré que l'épouse s'obligeait elle-même lorsqu'elle engageait une dépense dans son propre intérêt. « Les fournisseurs, déclare le Tribunal de la Seine dans un jugement du 31 juillet 1851, ont traité avec la femme dans la confiance que la dépense serait acquittée tant par elle que par son mari » (2). On présumait donc l'intention de la femme de s'engager personnellement chaque fois que la dépense devait lui profiter et les tribunaux considéraient qu'il y aurait enrichissement sans cause de sa part, s'il en était autrement. Le mari et la femme étant ainsi tenus pour le tout, les tribunaux prirent bien vite l'habitude d'en conclure à l'existence entre eux d'un lien de solidarité. En vérité, tout cela n'était que faux prétexte et le véritable fondement de l'obligation de la femme est que même sous le régime de séparation de biens, il existe une association conjugale dont la femme doit supporter les charges.

Cette vérité allait apparaître encore plus nettement lorsque les tribunaux en vinrent, franchissant une nouvelle étape, à reconnaître l'obligation de la femme aux dettes contractées dans sa propre intérêt par le mari. La Cour de Cassation devait considérer, le 20 avril 1864 (3), le mari comme mandataire de sa femme, du moment que celle-ci recevait la fourniture et en profitait, de sorte que l'épouse se trouvait encore obligée pour le tout.

La pensée dominante des tribunaux apparaît alors très nettement, inspirée non pas par le désir de reconnaître à la femme quelque

(1) Cass., 21 mars 1890, précité.

(2) Trib. Seine, 31 juillet 1851, précité. Dans le même sens : Req., 27 janvier 1857, D. 1857.1.162 ; Paris, 17 juin 1899, D. 1900.2.206.

(3) 20 avril 1864, D. 1864.1.178.

pouvoir propre, mais par celui d'accorder aux créanciers du ménage les recours les plus larges, les biens des deux époux formant le gage commun des dépenses de ménage.

En effet, si jusqu'ici les décisions jurisprudentielles portaient de l'intérêt personnel de la femme pour la condamner à l'égard des tiers à acquitter les dettes contractées par son mari ou par elle-même, une nouvelle évolution devait rapidement se produire ; à la notion d'intérêt personnel de l'épouse vint se substituer l'intérêt du ménage. Au regard des créanciers, cette extension était d'ailleurs très normale, car il leur était impossible de savoir à qui la dépense devait profiter en fin de compte. La femme était dès lors engagée par le seul fait qu'elle avait passé la commande dans l'intérêt du ménage.

C'est ce que décidèrent notamment deux jugements du tribunal de la Seine du 20 décembre 1925 et du 11 décembre 1935 et un arrêt de la Cour de Paris du 22 juillet 1932 (1). Ainsi, toutes les dépenses engagées par la femme dans son activité ménagère ouvraient désormais aux créanciers une action contre elle. Sous l'influence de M. Nast (2) la Jurisprudence ne rechercha plus dans l'intérêt de qui la dépense avait été faite : par cela seul que la femme avait fait la commande dans l'intérêt du ménage, quel qu'en soit le bénéficiaire direct, elle s'en trouvait personnellement tenue.

On s'aperçoit ainsi, que les principes de la représentation sont absolument méconnus, les tribunaux estimant que pour les dépenses de ménage tous les biens des époux doivent en répondre. De ce point de vue la théorie du pouvoir propre paraît mieux en accord avec ces solutions.

Après toutes ces attaques menées par les tribunaux contre l'immunité de la femme séparée de biens à l'égard des dettes de ménage, celle-ci se trouvait réduite à l'extrême. Elle ne se concevait plus guère que pour les dépenses engagées, sans intervention de la femme, par le mari dans son intérêt direct, ou tout au plus sans intérêt direct de la femme. Et encore cette immunité n'était pas entière, car d'après certaines décisions la femme devait payer ces

(1) Trib. Seine, 26 décembre 1925, D. 1926.2.77 ; 11 décembre 1935, *Gaz. Pal.*, 1936.I. 101 ; Paris, 22 juillet 1932, *Sem. Jur.* 1933, p. 50. Cf. Paris, 1^{er} janvier 1929, *Gaz. Pal.*, 1929.2.72 ; Trib. Seine, 22 mars 1933, *Gaz. Trib.*, 1933.II.2.68.

(2) Voir la note de M. Nast au D. 1926.2.77.

dépenses dans la limite de la contribution qu'elle devait fournir au mari et elle ne pouvait s'en dispenser en justifiant avoir remis à ce dernier sa part contributoire.

Ce dernier retranchement de la non-obligation de la femme séparée de biens aux dettes de ménage devait bientôt disparaître. Ce fut l'œuvre réalisée par la Cour Suprême qui, par un arrêt du 31 octobre 1934 (1), décida que la femme séparée de biens était personnellement tenue de toutes les dettes de ménage, en raison de la nature même de celles-ci, quel qu'en soit l'auteur et la destination et sans qu'il soit besoin pour les tiers de justifier de l'insolvabilité du mari. Il s'agissait en l'occurrence d'une fourniture de vêtements faite à un mari et la Cour de Paris avait condamné la femme séparée de biens à en payer le montant. La Chambre des Requêtes rejeta le pourvoi formé contre cet arrêt dans des termes qui ne peuvent laisser place à aucune hésitation : « Attendu que pour condamner la demanderesse au pourvoi, conjointement et solidairement avec Séré, qu'elle a épousé sous le régime de la séparation de biens, à payer à Vrettes, tailleur, la somme de 9.400 francs, montant d'une fourniture de vêtements faite à son mari, l'arrêt attaqué, tant dans ses motifs propres que dans ceux du jugement de première instance qu'il adopté, constate souverainement que, si à la vérité celui-ci est sans ressources personnelles, la fourniture dont le paiement est réclamé n'était cependant pas hors de proportion avec son genre de vie qui est luxueux ; attendu qu'en déclarant, dans ces conditions, la dame Sère, tenue solidairement avec son mari de la dette contractée par lui pour un achat qui n'excédait pas, eu égard à la position sociale des époux, les besoins de la vie commune, la Cour d'Appel a légalement justifié sa décision ».

On constate donc que si, en l'espèce, le mari était insolvable, la Chambre des Requêtes, contrairement à ses anciennes décisions (2), ne fait plus de la preuve de l'insolvabilité du mari au moment où l'obligation a été contractée, la condition même du recours des créanciers contre la femme. Dans cet arrêt, l'insolvabilité du mari n'est plus le motif déterminant de la condamnation de la femme, elle n'est plus mentionnée qu'incidemment. Le changement du

(1) Cass. Req., 31 octobre 1934, D. P. 1935.1.73 et la note de M. Nast, S. 1935.1.116.

(2) Cass. Req., 25 mai 1891, D. 1892.1.20 ; Cass. civ., 22 novembre 1893, D. 1894.1.286.

point de vue de la Cour de Cassation s'illustre d'ailleurs par l'expression même qu'elle emploie, en affirmant sans hésiter que la femme est débitrice de la dépense faite par le mari pour s'habiller. « L'idée même de solidarité, fait remarquer M. Savatier, implique que la femme poursuivie par le créancier n'a aucun bénéfice de discussion et qu'elle doit payer sans obliger le fournisseur à prouver l'insolvabilité du mari » (1).

Ainsi touche-t-on au terme d'une longue évolution qui aboutit à l'engagement personnel de la femme pour toutes les dépenses du ménage. Il ne faut d'ailleurs pas exagérer le bouleversement apporté par cette jurisprudence, car en fait on aboutit à un système très proche de celui de l'action directe subsidiaire : en pratique, la femme ne sera poursuivie par les tiers qu'au cas d'insolvabilité du mari. La seule différence consiste dans la dispense qui leur est accordée de faire la preuve de cette insolvabilité ou de discuter les biens du mari.

Si l'on recherche le fondement juridique de ces décisions, il est certain qu'elles ne peuvent cadrer avec l'idée de représentation. En réalité, on ne peut le chercher que dans les articles 203 et 212 combinés avec la notion de société conjugale.

Sous tous les régimes, en réalité, même sous celui de la séparation de biens, il existe un principe inéluctable d'association juridique dans la nécessité morale et légale pour les deux époux de pourvoir ensemble aux charges communes du ménage. Ceci se traduit le plus ordinairement par la dot apportée par la femme, si elle n'est pas déterminée par la contribution conventionnelle ou légale que la femme doit sur ses paraphernaux ; ceci se traduit jurisprudentiellement par la solidarité des dépenses de ménage tout en respectant l'indépendance mutuelle en ce qui concerne les dépenses personnelles. Le devoir familial n'est pas rempli par la femme lorsqu'elle a versé sa pension, elle reste légalement tenue d'élever ses enfants et de secourir son mari. Pour cela les deux époux se voient reconnaître un pouvoir propre leur permettant de faire les opérations au bien de la société conjugale. Pour les dépenses ainsi engagées, les créanciers du ménage pourront poursuivre chacun des époux en qualité de membre de la société.

(1) Note de M. Savatier au D. H. 1935, Chr. p. 28.

Si l'on examine la position de la doctrine à l'égard de cette jurisprudence, on doit constater que certains auteurs se sont vivement félicités de cette solution « qui a substitué à l'ancienne conception individualiste et même égoïste, une conception familiale et solidarisante des époux séparés de biens », alors que d'autres l'ont vivement combattue.

Les premiers ont fait ressortir les inconvénients des principes traditionnels, incompatibles avec les nécessités pratiques et les réalités de la vie.

Pour M. Nast (1), par exemple, « il est impossible aux fournisseurs qui contractent avec les époux de savoir si la femme a payé sa pension ou si elle ne l'a pas versée et de connaître la mesure dans laquelle, d'après son contrat de mariage ou le jugement de séparation, la femme doit contribuer aux charges du ménage : faudra-t-il donc obliger le boucher, le boulanger ou le tailleur, avant de traiter avec le mari, à se faire produire le contrat de mariage ou le jugement de séparation ou à demander au préalable à la femme si elle a déjà payé sa part contributoire dans les dépenses du ménage ? » Et M. Nast nous rappelle que le juriste, malgré l'indépendance des intérêts patrimoniaux des époux, doit tenir compte de l'existence du ménage, d'un foyer commun, d'une union ou association conjugale avec ses dépenses indispensables. Aussi est-il conforme, à ses yeux, « à la nature des choses que l'association conjugale soit tenue de payer toute dette contractée dans l'intérêt du ménage ».

Ces arguments n'ont pas convaincu M. Jary (2), qui reproche, en particulier, à cette Jurisprudence de créer une différence absolument injustifiable entre les régimes de communauté et le régime de séparation de biens. Celui-ci ne voit aucune raison à ce que les biens personnels de la femme puissent être saisis par les créanciers du ménage sous le régime de séparation de biens, alors qu'ils échappent à leur action lorsque les époux sont mariés sous un régime de communauté. Or c'est là une conséquence que la Cour de Cassation n'a jamais envisagée : sous le régime de communauté, elle applique strictement les règles du mandat domestique et, même si le mari et la communauté sont insolvable, dispense la

(1) Note de M. Nast au D. 1935.I.73.

(2) Jary, thèse précitée, p. 207.

femme de payer personnellement les dépenses du ménage antérieures à la ruine de la communauté.

L'existence de cette différence ne nous paraît pas suffisante à elle seule pour nous faire repousser la solution de la Cour de Cassation ; c'est qu'en effet, les biens qui raisonnablement doivent supporter les charges des dépenses journalières du ménage sont les salaires et les revenus des époux. Dans le régime de communauté, ces biens sont communs et les créanciers sont certains de pouvoir les poursuivre. Mais, sous le régime de séparation de biens, ils sont en partie entre les mains de la femme et dès lors on comprend que les tiers puissent la poursuivre pour pouvoir les atteindre. La même préoccupation logique conduit donc à des solutions opposées selon les régimes.

Si cependant nous estimons que la solution de la Cour Suprême ne doit pas être approuvée, c'est qu'elle méconnaît le principe supérieur posé par les rédacteurs du Code civil de l'obligation unique du mari aux dettes du ménage, la femme étant en dehors de toute atteinte des créanciers. Celle-ci doit bien verser sa part contributive au mari, mais c'est là un fait que les tiers n'ont pas à connaître. Les règles de la contribution établies par les articles 1448 et 1537 n'ont qu'une valeur d'ordre intérieur, elles ne sont pas valables quant au droit de poursuite des créanciers. Telle est d'ailleurs l'opinion de MM. Laurent, Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, Planiol, Ripert et Nast, Josserand et Lagarde (1). Les décisions qui accordent aux créanciers du ménage une action directe contre la femme séparée ne nous paraissent donc pas justifiées légalement, du moins dans l'état de la législation au moment où elles sont intervenues. Cette action directe ne pouvait leur être reconnue qu'au cas d'insolvabilité du mari ou d'engagement personnel de l'épouse.

Reste à rechercher, pour en terminer avec la jurisprudence de la Cour de Cassation, si, dans le cas où la condamnation des deux époux est justifiée, la déclaration de solidarité prononcée en semblable hypothèse est admissible.

L'article 1202 déclare expressément que la solidarité ne se pré-

(1) Laurent, t. XXII, n° 284 ; Baudry-Lacantinerie, t. III, n° 1489 ; Planiol, Ripert et Nast, t. IX, n° 1090 ; Josserand, t. III, n° 527 ; Lagarde, *Rev. Trim.* 1935, p. 584.

sume pas. Elle ne peut donc intervenir en ce domaine. On peut certes discuter si, au cas d'engagement personnel de l'épouse, l'on se trouve bien dans le champ de l'article 1202 qui suppose deux débiteurs engagés pour une seule dette. En réalité, il y a plutôt deux débiteurs ayant distinctement contracté la même dette, ce qui est différent. Il s'ensuit que chacun doit l'intégralité de la dette et peut être poursuivi pour le tout par le créancier ; seulement celui-ci n'a droit qu'à un seul paiement et lorsque l'un des débiteurs l'aura effectué, l'autre sera libéré. Il y a donc plutôt obligation in solidum, expression qui est d'ailleurs employée par le jugement du tribunal de la Seine du 9 janvier 1897 (1).

Certains auteurs ont soutenu que l'obligation ménagère devait plutôt se diviser en deux entre les époux. Un souci d'égalité les guidait : les parents sont tenus par parts égales de l'entretien de leurs enfants, or toutes les dépenses sont inséparables : ce qui est dépensé par l'un des époux profite aussi à l'autre et la vie commune rend communes toutes les dépenses. A égalité de profits doit correspondre une égalité de charges et chaque époux devra donc supporter toutes les dépenses du ménage.

Cette argumentation ne nous semble pas convaincante ; que les époux soient tenus également d'entretenir leurs enfants, cela ne nous paraît point douteux, mais il n'y a pas lieu d'en déduire que les dettes d'entretien doivent se diviser par moitié. Il est plus juste d'en déduire qu'ils sont tous deux également tenus de la totalité des frais d'éducation et d'entretien. Au surplus, un tel raisonnement est inapplicable aux dettes contractées pour l'entretien des époux, car leurs obligations réciproques sont inégales, puisqu'aux termes de l'article 214, le mari doit entretenir sa femme, tandis que celle-ci ne lui doit que des aliments. Aussi la division par moitié ne repose sur aucun fondement.

Au cas d'insolvabilité du mari, l'obligation in solidum ne peut être admise, car elle place les co-obligés sur le même plan et n'admet pas de distinction entre un débiteur principal et un débiteur subsidiaire. Or, l'épouse n'est tenue que si le mari est insolvable, elle doit jouir du bénéfice de discussion. C'est ainsi que

(1) Trib. Seine, 9 janvier 1897, D. 1900.2.106. Voir : Rouast, *Note au Dalloz* 1936.1.25 ; J. Français : *De la distinction entre l'obligation solidaire et l'obligation in solidum*, Thèse Paris 1936.

M. Nast, après avoir écrit : « en un mot, nous pensons que chacun des époux, ayant personnellement l'obligation légale de faire vivre l'association conjugale, est tenu de payer toutes les dépenses engagées à cet effet, quel que soit celui qui les a engagées », fait toutefois une réserve dans l'intérêt de la femme : « C'est au mari d'abord à payer les dettes de ménage et c'est seulement quand le mari est insolvable que ses créanciers pourront poursuivre la femme. Cette règle est imposée tant par l'article 214 que sous la séparation, par l'article 1448, al. 2 » (1).

La Jurisprudence n'a tenu aucun compte de ces remarques, proposant l'obligation in solidum ou l'obligation subsidiaire de la femme et a continué à parler de solidarité (2), ce qui ne peut s'expliquer que par le désir d'assurer à la société conjugale le maximum de crédit (3).

Ainsi, pour nous résumer, sous le régime de séparations de biens, l'obligation de la femme aux dettes de ménage apparaît avec son maximum d'intensité. Tous les biens de la femme se trouvent engagés et l'obligation existe pour la totalité du passif ménager, nonobstant tous obstacles de fait et de droit. Si la Jurisprudence a cru devoir la consacrer aussi rigoureusement, c'est que, sous ce régime plus que sous tous les autres, elle était nécessaire pour assurer l'exécution des devoirs pécuniaires essentiels du mariage. La séparation

(1) Il faut pourtant se rendre compte que l'on se trouve avec les articles 1448 et 214 en face de deux obligations distinctes qui ne se recouvrent pas complètement. Le premier de ces textes sanctionne l'obligation de la femme aux dettes de ménage, le second simplement l'obligation de secours. La première concerne toutes les dettes de ménage, telles que nous les avons déterminées ; la seconde ne vise que les dettes de caractère alimentaire. Certes, sous le régime de séparation de biens, la femme est tenue subsidiairement pour les unes comme pour les autres, mais il nous paraît que, sous le régime de communauté, du moins jusqu'en 1942, l'obligation subsidiaire de la femme ne vise que les dettes à caractère alimentaire, l'épouse ayant épuisé son obligation aux dettes de ménage en contribuant automatiquement à celles-ci par ses apports en communauté. La femme ne devrait donc jamais pouvoir être poursuivie par les tiers sur cette base sous ce régime. Consulter sur cette question la note de M. Raynaud au S. 1945.2.57 dont nous n'avons malheureusement eu connaissance qu'après la rédaction à peu près complète de notre étude.

(2) Trib. Seine, 18 mars 1909, D. 1910.5.7 ; Paris, 8 juillet 1925 et Trib. Seine, 26 décembre 1935 précités ; Req., 31 octobre 1934, précité ; Trib. Seine, 11 décembre 1935, *Gaz. Pal.*, 1936.1.101.

Parfois, les tribunaux ont parlé d'indivisibilité, alors qu'aucun fondement ne peut être trouvé à celle-ci, ne pouvant résulter ni de la loi, ni de l'intention des parties et pas davantage de la nature de la dette qui est celle d'une chose d'argent essentiellement divisible.

(3) C'est aussi peut-être l'application par analogie d'une règle admise dans les sociétés en nom collectif et ceci montrerait une tendance inattendue à la commercialisation du droit civil.

de biens, dans sa conception primitive, était moins un régime matrimonial que l'absence de régime matrimonial (1) et à mesure qu'elle est devenue plus fréquente, tout l'effort de la Jurisprudence a tendu à la réintégrer dans le système des régimes matrimoniaux.

Si les régimes de communauté n'ont pas donné lieu à une telle évolution, c'est qu'ils comportent un capital affecté à la satisfaction des besoins domestiques et comme tel soumis aux pouvoirs étendus du mari, chef de famille. En général, ces biens sont suffisants pour subvenir aux dépenses communes et, par conséquent, la question de l'obligation personnelle de la femme ne se posera pas avec la même urgence.

Il en résulte que, logiquement, plus le régime considéré se rapproche de la notion de société conjugale et moins la Jurisprudence a senti la nécessité de consacrer et de sanctionner les obligations matrimoniales de la femme, de sorte qu'en définitive, et cela est normal, celle-ci se trouve plus favorablement traitée sous le régime de la communauté.

Mais, si la Jurisprudence a répondu aux exigences de la situation, il ne fait pas de doute qu'elle a méconnu les principes d'organisation des rapports pécuniaires entre époux. On ne peut lui enlever le mérite d'avoir manifesté ainsi une fois de plus sa tendance de reconnaître à la femme, avec une responsabilité propre, un rôle plus personnel dans sa mission domestique et c'est là, à n'en point douter, une heureuse évolution. Il nous restera à voir si la loi de 1942 a répondu à cette tendance et si, aujourd'hui, l'obligation de la femme ne pourrait pas être plus utilement défendue du point de vue légal.

Mais nous voudrions, auparavant, pour en terminer avec l'examen de la situation antérieure à 1942, examiner la situation intermédiaire entre les régimes de communauté et le régime de séparation, c'est-à-dire le régime dotal, régime séparatiste à cause du caractère forfaitaire qu'y revêt la contribution de la femme.

C. — *Obligation de la femme dotale.*

Alors que, dans le régime de communauté, la femme abandonne à son mari l'administration et la jouissance de tous ses biens per-

(1) Savatier, *Chr. D.*, 1929, p. 21

sonnels en principe et que la femme séparée de biens en garde l'intégralité, dans le régime dotal la femme confie l'administration et la jouissance d'une partie de ses biens affectés à l'intérêt du ménage à son mari, tandis qu'elle garde l'autre partie, les biens dotaux se séparant ainsi des biens paraphernaux.

Quel va être dans ces conditions le gage des créanciers ayant contracté avec la femme dans son cercle d'action de maîtresse de maison ?

L'application stricte des principes de la représentation et de l'obligation du mari aux charges du ménage, conduirait à penser que seuls les biens dotaux peuvent être poursuivis à l'exclusion des biens paraphernaux. Mais le désir de la Jurisprudence d'étendre le plus possible le gage des créanciers s'est aussi manifesté et nous allons voir comment, peu à peu, l'engagement des biens paraphernaux s'est fait jour. Mais il est ici nécessaire de distinguer selon les divers éléments qui constituent le patrimoine des biens de la femme : alors que, sous la séparation de biens, les obligations ménagères de la femme dégagées par la Jurisprudence s'étendent uniformément à tous ses biens, sous le régime dotal elles se trouvent graduées et s'interprètent différemment selon que les créanciers entendent saisir la dot immobilière, le mobilier dotal, les revenus de la dot ou les paraphernaux.

1° Les droits des créanciers du ménage sur la dot immobilière.

La condition des immeubles dotaux est dominée par la règle de l'insaisissabilité. Si ce principe n'est consacré par aucun texte, il est le simple corollaire de l'inaliénabilité dotal et il disparaît chaque fois que celle-ci reçoit exception. Or il n'est pas besoin de rappeler que celle-ci ne se présente pas avec une rigueur uniforme et que son effet est suspendu quand la sauvegarde absolue du fonds dotal aboutirait à méconnaître les intérêts supérieurs de la famille ou de la société.

C'est ainsi que l'article 1558 prévoit que les immeubles dotaux peuvent être aliénés, avec la permission du juge, notamment pour fournir des aliments ou des soins à la famille, lorsque les époux ne peuvent faire face autrement aux dépenses nécessaires. Cette aliénation est soumise d'ailleurs à certaines conditions de procédure qui ont été notablement assouplies par la loi du 22 septembre 1942.

La Jurisprudence s'est montrée très large dans l'application de ce texte, entendant par aliments toutes les fournitures requises pour la satisfaction des besoins essentiels de la vie et admettant cette aliénation pour toutes dettes alimentaires résultant du mariage, en particulier pour l'exécution de l'obligation alimentaire entre époux résultant de l'article 212, en général pour assurer des ressources à la famille dans le présent et dans l'avenir (1).

Toutes les dettes du ménage peuvent donc être rendues exécutoires sur les immeubles dotaux. Mais il est deux conditions à l'application de cette règle qui en restreignent la portée : il faut que la dette ait été contractée avec le consentement de la femme et il est nécessaire d'obtenir l'autorisation de justice (2).

La sauvegarde des reprises dotales de la femme a été rendue soigneusement efficace par la jurisprudence, pour le cas où un immeuble dotal viendrait à être aliéné pour faire face à une dépense qui doit, en définitive, peser sur le mari (3).

Cette situation sera extrêmement rare puisqu'étant donné le caractère de la dot cette aliénation ne pourra avoir lieu qu'après épuisement des biens du mari et, peut-être aussi, des paraphernaux.

2° *Les droits des créanciers du ménage sur la dot mobilière*

Les meubles dotaux étant moins protégés que les immeubles dotaux, il résulte, à fortiori, que leur saisie est possible aux conditions précédemment indiquées pour les immeubles. Mais le mari à lui seul peut arriver au même résultat. Une Jurisprudence prétorienne a en effet restreint l'inaliénabilité des meubles dotaux à la femme, le mari puisant dans le droit d'administration qu'il possède sur la dot le pouvoir d'aliéner le mobilier tant corporel qu'incorporel, car les meubles étant périssables ne peuvent pas être bloqués comme les immeubles. Il peut y avoir intérêt à les vendre à certains moments propices (4). A plus forte raison, le mari et par conséquent la femme agissant comme représentante du chef de famille

(1) Jossierand : *Cours de droit civil positif français*, t. III, n° 616.

(2) Cette autorisation était déjà exigée en droit romain et la Jurisprudence n'a jamais modifié les caractères de cette obligation. Arrêt du 30 mars 1656 rapporté au Basnage au sujet de l'article 541 de la coutume de Normandie. Voir aussi Civ., 7 juillet 1896 précité.

(3) Voir Cass., 9 janvier 1934, S. 1934.I.97. Cf. la note de J.-Ch. Laurent au D. 1934.I.99 et les observations de M. Lagarde à la Rev. Trim., 1934, p. 818.

(4) Jossierand, *op. cit.*, n° 575 et s.

engageront-ils le capital de la dot mobilière lorsqu'ils agiront dans l'intérêt du ménage. Il faut d'ailleurs noter que la Jurisprudence n'a jamais eu l'occasion de confirmer ce raisonnement.

3° Les droits des créanciers du ménage sur les revenus de la dot

Nous savons que ceux-ci représentent la contribution de la femme aux charges du ménage et qu'ils sont placés dans ce but à la disposition du mari. Au fur et à mesure de leur échéance, ils se trouvent donc grevés d'une affectation spéciale aux besoins du ménage et, à due concurrence, cette affectation les poursuit, tant qu'ils restent individualisés et non incorporés au patrimoine personnel du mari.

S'ils sont inférieurs aux besoins du ménage, le mari devra les affecter intégralement à leur destination. Dans le cas contraire, il conservera l'excédent qui constituera pour lui un avantage matrimonial.

Les créanciers du ménage, qu'ils aient contracté avec le mari ou avec la femme, ont donc action contre les revenus de la dot (1), à la différence des créanciers ordinaires des époux (2).

Cette solution n'a pas été admise sans discussion, car il fut une époque où la Jurisprudence déclarait les revenus dotaux librement saisissables (3). Mais les Cours d'Appel opposèrent à ce point de vue une farouche résistance et le revirement de Jurisprudence fut marqué par deux arrêts de la Cour de Cassation, rendus l'un par la Chambre des Requêtes et l'autre par la Chambre Civile (4). Ces arrêts furent maintes fois confirmés depuis et ils sont en accord avec l'affectation spéciale de la dot (5).

En vérité, les créanciers du ménage jouissent ainsi d'un privilège spécial, en plus du privilège général de l'article 2.101 du Code civil (6). On ne peut certes parler d'insaisissabilité partielle des reve-

(1) Pau, 25 novembre 1879, D. 1881.2.212.

(2) Les créanciers de la femme n'ont aucun droit sur ces revenus, puisque leur débiteur n'en est pas propriétaire ; ceux du mari ne peuvent poursuivre que l'excédent des revenus sur les charges du ménage, s'il en existe un.

(3) Civ., 9 avril 1823, S. 1823.1.331 ; Civ., 28 mars 1827, S. 1827.1.299.

(4) Req., 26 février 1834, S. 1834.1.76 ; D. 1835.1.222 ; Civ., 1^{re} décembre 1834, D. 1835.1.177.

(5) Civ., 3 juin 1839, S. 1839.1.583 ; Civ., 12 mars 1902, S. 1907.1.491 ; Civ., 22 juin 1926, S. 1926.1.343.

(6) M. Solus : *De la condition des revenus dotaux*, Rev. Trim., 1920, pp. 5 à 38 ; Carbonnier, *op. cit.*, p. 146.

nus dotaux, puisque ces revenus ne sont pas dotaux. Mais ils constituent un patrimoine particulier, spécialement affecté à l'acquit du passif ménager, et en cette qualité réservé aux créanciers ayant contracté dans l'intérêt du ménage, ce par opposition au patrimoine dotal qui comprend le capital de la dot affecté aux intérêts permanents de la famille.

4° Obligation de la femme sur ses biens paraphernaux et leurs revenus.

Le droit de poursuite des créanciers du ménage contre les biens dotaux ne présentait aucune difficulté relative à la responsabilité des biens personnels de la femme, puisque, semblables en cela aux biens de la communauté sous ce régime, ils sont remis aux mains du mari pour leur administration et leur jouissance. Il en va tout différemment pour les biens paraphernaux dont le régime peut être assimilé à celui des biens personnels, sous le régime de la séparation de biens.

L'article 1575 précisait que, si tous les biens étaient paraphernaux et si le contrat était muet sur la participation de la femme aux charges du ménage, la femme contribuait à celles-ci jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus, ce qui l'assimilait à la femme séparée de biens. Le nouvel article 1575 maintient d'ailleurs l'identité, la femme devant dans les deux cas contribuer désormais aux charges du ménage, en proportion de ses facultés conformément au principe général de l'article 214 nouveau.

Nous pouvons donc en déduire que la condamnation solidaire appliquée par la Jurisprudence sous le régime de la séparation de biens, doit être étendue ici par identité de motifs.

Dans le cas où les biens de la femme sont en partie dotaux et en partie paraphernaux, aucune affectation ménagère particulière ne vient grever ces derniers, mais ils ne sauraient pour cela échapper à la poursuite des créanciers du ménage.

La femme comme associée doit être personnellement débitrice de toutes les dettes du ménage. Pour soustraire une partie des biens à l'action des créanciers de la femme, il faut un motif législatif impérieux, tel que l'insaisissabilité dotale. Un tel motif n'existe pas pour les paraphernaux et ceux-ci doivent pouvoir être saisis par tous

les créanciers ménagers. La solution contraire serait déraisonnable, puisque les biens paraphernaux seraient alors mieux protégés que la dot (1).

Ainsi en a décidé la Jurisprudence et notamment un arrêt de la Cour de Caen du 8 avril 1851, confirmé par la Cour de Cassation le 2 juillet 1851 : « Considérant que s'il est permis à la femme de se réserver sous le titre de paraphernaux tout ou partie de ses revenus, ce ne peut être que dans le cas où les biens personnels du mari joints à ceux de la dot suffisent pour faire face aux frais du ménage et non dans celui où cette réserve mettrait le mari dans l'impossibilité d'y subvenir : que, dans cette dernière hypothèse, c'est bien moins à l'article 1575 du C. Civil qu'il faut recourir qu'aux articles 203 et 212 puisqu'autrement il faudrait admettre que la femme puisse vivre dans l'abondance alors que son mari ou ses enfants seraient dans le plus complet dénuement » (2).

A la règle suivant laquelle les paraphernaux font ainsi partie du gage des créanciers du ménage, il faut apporter deux précisions.

D'une part, ces biens ne peuvent être saisis qu'en second lieu après les revenus dotaux et l'ensemble des ressources du mari. D'autre part, puisque ces biens ne sont pas grevés d'une affectation spéciale, les fournisseurs du ménage les saisissant ne peuvent bénéficier d'autre privilège que de ceux pouvant résulter pour eux de l'article 2101.

On aboutit ainsi à une hiérarchie des biens qui doivent répondre des dettes de ménage selon leur raison d'être et c'est là une solution heureuse dont il sera bon de se souvenir lorsqu'il s'agira de construire le régime de demain.

Que faut-il décider enfin pour les revenus des biens paraphernaux et extra-dotaux ?

Une tendance très ancienne et remontant au droit romain du Bas-Empire les considère comme grevés à la manière des revenus dotaux d'une sorte d'affectation imparfaite aux charges du ménage (3).

Alors que l'affectation des revenus dotaux se manifeste en effet

(1) Laurent, *op. cit.*, t. XXIII, n° 449 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, § 532, n° 4 ; Guillouard, t. III, n° 1690 ; Huc, t. IX, n° 402 ; Planiol et Ripert, t. III, n° 1436 ; Note Nast, au D. 1935.1.73.

Cf. Req., 2 juillet 1851, S. 1951.1.509.

(2) Caen, 8 avril 1851, D. 1852.2.127.

(3) Lefebvre : *Histoire du droit matrimonial français*, Introduction p. 182.

dans le domaine de l'obligation et de la contribution, il ne semble pas que les revenus extra-dotaux puissent être plus facilement saisis par les créanciers que le capital paraphernal, mais il résulte, a fortiori, de l'article 1578, que si les revenus paraphernaux sont aliénés dans l'intérêt du ménage, la femme n'est pas fondée à en exercer la reprise sur son mari. Cette règle ne peut s'expliquer que par une affectation ménagère imparfaite des revenus extra-dotaux (1).

En résumé, sous le régime dotal, les créanciers du ménage ont un gage général très étendu, mais ils doivent poursuivre les biens des époux dans un ordre déterminé, selon qu'ils sont plus ou moins affectés à l'entretien du ménage : revenus dotaux et biens personnels du mari d'abord, meuble dotal et paraphernaux ensuite, enfin immeubles dotaux avec l'autorisation du juge.

SECTION IV

Essai d'une théorie générale en vue de concilier les intérêts en présence

Ayant ainsi indiqué les solutions dégagées par la Jurisprudence, solutions qui s'écartent beaucoup de la théorie de la représentation et surtout du principe d'irresponsabilité de l'épouse, nous devons porter sur elles un jugement d'ensemble, rechercher qu'elle est l'influence en la matière de la loi de 1942 et essayer de dégager la solution qui nous paraît préférable du problème de l'obligation des époux aux dettes de ménage à l'égard des tiers.

Avant de résoudre la question de savoir quel doit être le gage des créanciers du ménage, il est un problème préalable qui doit être éclairci, c'est celui de savoir, lorsqu'un créancier se présente et prétend au gage des créanciers du ménage, sur qui pèse la charge de la *preuve* : est-ce au créancier demandeur à prouver que les dépenses ont bien été faites dans l'intérêt du ménage ou l'époux défendeur a-t-il la charge de repousser cette prétention en démontrant que les dettes contractées ne l'ont pas été dans ce but ?

(1) Les tribunaux ont jugé, à plusieurs reprises, que dans le cas particulier où la femme a laissé à son mari la jouissance des paraphernaux, les revenus de ceux-ci ne peuvent être saisis par les créanciers personnels du mari, ce qui aboutit à ce phénomène extrêmement curieux de l'extension du patrimoine ménager au cours du mariage : Grenoble, 21 février 1832, S. 1833.2.28 ; Agen, 14 mars 1833, S. 1833.2.376 ; Dijon, 21 avril 1869, S. 1869.2.200.

On peut répondre à ce premier argument que la loi de 1907 comme aujourd'hui l'article 225 du Code civil ne prévoyait que la poursuite de créanciers du ménage contre les biens réservés de l'épouse et qu'en conséquence ses rédacteurs ne pouvaient pas, sans sortir du cadre de leur réforme, régler la question présentement étudiée.

Les partisans de ce second point de vue, et en particulier MM. Pichon et Lalou (1), ont d'ailleurs pris soin de présenter d'autres arguments.

Pour eux, une distinction dans le régime de la preuve entre les créanciers du mari et les tiers qui ont contracté avec la femme se justifie en raison du rôle différent joué par chacun des deux époux dans le ménage. Le mari est appelé à conclure des actes de toute nature si bien que l'on ne peut présumer qu'il a contracté dans l'intérêt du ménage : les créanciers qui veulent saisir le pécule ou les biens de la femme doivent alors faire la preuve de leurs droits. Au contraire, c'est le rôle habituel de la femme de pourvoir aux intérêts du ménage : on doit également présumer que les dettes de la femme sont des dettes ménagères. Il en découle qu'il incombe au mari, quand il veut soustraire à l'action des tiers qui ont traité avec la femme ses biens personnels et les biens communs, de prouver que la dette contractée par l'épouse ne l'a pas été dans l'intérêt du ménage (2).

L'établissement d'une telle présomption nous paraît osé, car elle ne s'appuie sur aucun texte alors qu'elle va à l'encontre du droit commun de la preuve. Elle ne correspond d'ailleurs pas à la réalité depuis que la loi du 18 février 1938 a rendu la femme capable de passer les actes juridiques. Antérieurement, s'il était exact que, sous le régime de la communauté, la femme agissait en principe dans l'intérêt du ménage, cela n'était pas acceptable sous le régime de la séparation de biens où la femme agissait tantôt comme gérante, tantôt comme administratrice de son patrimoine, tout comme le mari. Dès lors, il nous semble impossible de voir une présomption en faveur de l'activité ménagère de la femme.

L'article 220 paraît enfin adopter la solution mettant la charge de la preuve sur le créancier : « *Les actes accomplis par la femme*

(1) Pichon, thèse, p. 223 ; Lalou, *op. cit.*, p. 153.

(2) Jary, *op. cit.*, p. 225.

obligent le mari envers les tiers », ce qui laisse entendre que pour qu'il en soit ainsi, il faut la preuve que l'acte passé par la femme l'ait été en vertu de son pouvoir de représentation. C'est cette solution que nous adopterons donc dans tous les cas, souhaitant seulement qu'un texte général, identique à celui du droit belge, vienne enlever toute hésitation en la matière.

Quant aux modes de preuve, ce sont tous ceux du droit commun puisqu'il s'agit ici non d'une contestation portant sur l'existence ou le montant de la dette, mais sur certains faits accessoires concernant sa destination et l'affectation au ménage des prestations dont elle est la contre-partie (1).

La preuve étant ainsi faite que les créanciers qui demandent paiement sont bien créanciers du ménage, quel gage doit leur être reconnu ?

Il est certain que, en ce domaine, la Jurisprudence française a, à juste titre, fait intervenir des considérations essentielles qui n'étaient pas comprises dans la lettre de la loi.

Les tribunaux ont estimé que les créanciers du ménage devaient se voir reconnaître le gage le plus large possible et que, le cas échéant, tous les biens des époux pouvaient être appelés à faire face au paiement de ces dettes essentielles à la vie même du foyer.

Guidés par cette préoccupation, ils sont arrivés par une évolution lente à poser le principe de l'obligation solidaire de la femme séparée de biens, de l'obligation subsidiaire de la femme dotale, alors qu'ils n'ont que très rarement prononcé l'obligation de la femme commune en biens.

Ces solutions, en apparence contradictoires, n'en sont pas moins, à nos yeux, assez logiques si l'on veut bien considérer le point de départ de leur raisonnement qui fut peut-être aussi celui des rédacteurs du code. Les dettes de ménage étant des dettes journalières, répondant aux besoins quotidiens du foyer, doivent être supportées par les éléments de l'actif qui présentent les mêmes caractères, c'est-à-dire les revenus et les gains. Or, en 1804, le régime de communauté étant le régime de beaucoup le plus suivi, les revenus de tous les biens des époux se trouvaient concentrés entre les mains du

(1) Josserand, *op. cit.*, t. III, n° 126

mari. D'autre part, à cette époque, l'activité professionnelle indépendante de la femme était à peu près inconnue et les gains des époux se composaient simplement des gains du mari. Dans ces conditions, il n'est pas surprenant que les rédacteurs du Code aient fait peser sur le mari la charge des dettes de ménage.

Mais, au cours du ^{xix}^e siècle, les régimes séparatistes, tout en demeurant une faible minorité, se sont cependant multipliés. Les tribunaux ont estimé alors que, conformément au principe qui avait guidé les rédacteurs du code, il n'était pas juste que les revenus de la femme ne soient pas soumis à l'obligation des dettes de ménage comme ceux du mari. Ne serait-il pas injuste que les créanciers du ménage ne puissent avoir action sur ces revenus, alors surtout qu'ils ne peuvent savoir si la femme a même versé au mari sa part contributoire ? Dans ces conditions, les tribunaux ont estimé que l'obligation de la femme séparée de biens s'imposait.

Le législateur devait d'ailleurs appliquer le même raisonnement, en 1942, en décidant que les gains de la femme faisaient partie du gage des créanciers du ménage, même sous les régimes séparatistes. Il n'est pas de motif qui permette de traiter différemment les gains et les revenus de la femme et les dispositions de la loi de 1942 viennent confirmer, dans une certaine mesure, la Jurisprudence relative au régime de séparation des biens.

Raisonnablement donc, l'obligation de la femme aux dettes de ménage se comprend très bien sous les régimes séparatistes.

La question se pose, dès lors, de savoir si la femme doit être mise sur le même pied que le mari ou si, au contraire, il ne suffit pas de prononcer l'obligation subsidiaire de l'épouse.

Nous savons, en effet, que l'organisation des rapports pécuniaires des époux repose sur le principe que la femme remet à son mari une part contributoire aux charges de ménage. Il peut paraître dès lors inacceptable de condamner la femme à payer une dette qu'elle a déjà réglée à son mari, alors que celui-ci garderait sans raison l'argent versé par elle. On a répondu, il est vrai, qu'elle aurait à sa disposition une action en récompense et, qu'en conséquence, l'effet fâcheux de son obligation personnelle se restreindrait à l'éventualité de faire au ménage une simple avance remboursable, sauf en cas d'insolvabilité du mari où ce recours serait illusoire.

Certes, il nous paraît logique qu'au cas d'insolvabilité du mari,

les dépenses ménagères pèsent sur la femme, que cette insolvabilité remonte ou non au moment où le contrat a été passé, car si quelqu'un doit en souffrir, ce doit être plutôt la femme qui doit faire honneur au nom du ménage et à défaut du mari aux créances impayées ; mais estimer l'action en récompenses comme suffisante pour rétablir la juste répartition des charges du ménage nous paraît dangereux.

En effet, les règlements de comptes n'interviennent qu'à la dissolution de la communauté et nous verrons combien, en pratique, ces recours sont illusoires, du fait surtout de l'inexistence d'une comptabilité suffisante. On pourrait voir aussi la femme obligée de payer des dettes de ménage, puis le mari gaspiller, bien longtemps après, ses biens pour d'autres motifs que l'intérêt du ménage ; ce qui rendrait le recours de la femme inexistant à la dissolution de la communauté.

Tant que la femme abandonnera, sous le régime de communauté, tous ses revenus, normalement destinés à faire face aux charges du ménage, entre les mains du mari, tant qu'elle apportera, sous le régime dotal, une dot destinée aux charges du ménage, il nous paraît impossible et inique de permettre aux créanciers du ménage de saisir les immeubles de la femme, alors que le mari pourra ensuite, tout à loisir, gaspiller les revenus.

Binet, qui a soutenu l'engagement solidaire des deux époux, nous paraît avoir déformé le principe qu'il proclamait et que nous faisons nôtre : à la femme, une pleine possession de ses droits engendrant une entière responsabilité de ses actes. Autant il aboutirait à la solution préconisée par l'auteur dans un régime où chaque époux conserverait l'administration et la jouissance de ses biens, autant il conduit à voir reconnaître une responsabilité subsidiaire de l'épouse dans nos régimes actuels où la femme est obligée de remettre au mari sa part contributoire dans les charges du ménage.

Il ne faudrait tout de même pas oublier que, sous le régime de communauté, même si l'on reconnaît à la femme une activité propre en matière ménagère, celle-ci se trouve réduite à l'impuissance, non seulement en ce qui concerne la communauté, mais même à l'égard de ses propres, impuissance à l'égard de leur administration et surtout dans l'usage qui est fait de leurs revenus. Si celle-ci importe peu à la femme dont l'époux, soucieux de ses devoirs,

est en même temps attentif à respecter les désirs de son épouse quant à l'administration de sa fortune personnelle, il n'en va pas de même dans les ménages où le mari abuse de ses pouvoirs pour gaspiller les ressources communes. En contre partie de l'effacement que le ode lui impose, la femme a au moins droit à ne pas être rendue responsable des actes qui ne présentent aucun intérêt pour elle ou sa famille.

Si nous estimons que l'obligation subsidiaire de la femme doit être reconnue et proclamée expressément, nous pensons, du moins dans l'état actuel de nos régimes matrimoniaux, que toute responsabilité solidaire des deux époux, en dehors d'un engagement personnel de l'épouse, consacre une iniquité.

Mais se pose alors la question de savoir si cette obligation subsidiaire ne va pas se heurter au vieux principe de notre droit de l'obligation unique du mari aux charges du ménage, la femme n'étant tenue qu'envers lui et sa responsabilité ne pouvant être mise en jeu par les tiers. Nous ne le pensons pas, car nous estimons que ce principe a perdu de sa force et qu'il réclame seulement l'obligation du mari à titre principal. L'article 214 du Code civil, dans sa rédaction de 1942, nous semble suffisant pour appuyer notre affirmation et venir confirmer notre point de vue : « *L'obligation d'assumer ces charges (du mariage) pèse à titre principal sur le mari* », c'est donc qu'elle pèse, à titre subsidiaire, sur la femme (1).

La Jurisprudence a eu le grand mérite de montrer cette nécessité d'admettre, le cas échéant, l'obligation de la femme aux dettes de ménage. Mais elle est allée trop loin dans cette voie et nous n'hésitons pas à condamner toute la Jurisprudence aboutissant à prononcer l'engagement solidaire des époux.

De même nous estimons que l'engagement des biens réservés de l'épouse ne devrait se produire qu'à titre subsidiaire, au moins lorsqu'antérieurement à 1907, ils n'auraient pas fait partie de la communauté.

(1) C'est la raison pour laquelle nous ne suivons pas M. Raynaud qui, dans sa note au S. 1945.1.57, estime que, sur la base de la contribution aux charges de ménage, la femme commune en biens ne peut jamais être poursuivie par les tiers. Ceci était exact jusqu'à 1942, mais ne l'est plus aujourd'hui ; l'arrêt de la Cour de Paris du 11-12-1943 aurait donc dû condamner l'épouse sur le fondement du nouvel article 214, sans parler de solidarité, sans paraître étendre cette condamnation même en dehors du cas d'insolvabilité du mari.

Essayons de dégager les conséquences de cette obligation subsidiaire de l'épouse, qui nous paraît correspondre à la réalité des choses et au texte de la loi.

La première, c'est qu'on s'est acheminé vers la constitution d'un passif ménager tout à fait spécial, distinct du passif ordinaire des époux. C'est là chose naturelle, puisque les dettes de ménage permettent tant de caractères originaux. Ce sera l'une des réformes heureuses de la prochaine refonte des régimes matrimoniaux de proclamer la singularité des dettes du ménage. Ces dettes donnent aux créanciers un gage très large et invariable avec la personne des époux avec laquelle ils ont contracté. C'est ainsi que la Jurisprudence relative aux dettes de ménage sous le régime de la séparation de biens a abouti finalement à admettre l'engagement solidaire des deux époux, quel que soit celui qui a contracté la dette. C'est là chose normale, car on ne voit pas pourquoi les créanciers du ménage verraient leur gage varier selon l'époux avec lequel ils ont passé le contrat.

La seconde conséquence de cette obligation, au moins subsidiaire de la femme, c'est qu'il n'est plus possible aujourd'hui de lui refuser la reconnaissance d'un pouvoir propre, sous le prétexte de la soustraire à toute responsabilité. On en est arrivé ainsi à la soumettre à la responsabilité, tout en lui refusant toujours les droits inhérents à sa personnalité. Il est temps de faire œuvre de justice. Les solutions de la Jurisprudence, le texte de la loi imposent la reconnaissance de ce pouvoir propre que nous avons dit être le seul fondement logique aux pouvoirs ménagers de la femme mariée.

Les tribunaux, en admettant la responsabilité de l'épouse, n'ont pas voulu en cela donner à celle-ci la condition qui lui revient. Ils ont voulu protéger le plus possible les tiers, créanciers du ménage. Mais la femme doit, par contre-coup, en profiter, et il nous semble impossible de maintenir aujourd'hui la théorie de la représentation, condamnée non seulement par la raison, mais par les solutions des tribunaux. Nous pouvons affirmer maintenant, parce que nous l'avons prouvé, que les tribunaux appliquent la théorie du pouvoir propre, en continuant de faire appel à la théorie de la représentation, comme hier ils couvraient de l'expression mandat tacite, des solutions qui ne pouvaient s'accorder qu'avec le pouvoir de représentation.

La fiction de la représentation devient inutile en présence de l'obligation subsidiaire de la femme. La théorie du pouvoir propre peut entraîner seulement son engagement subsidiaire. Ce faisant, le résultat nous paraît préférable à celui du Code civil Suisse qui, après avoir proclamé l'obligation unique du mari, est bien obligé d'y apporter une exception au cas où celui-ci se trouve être insolvable.

Ainsi la théorie du pouvoir propre échappe à la dernière objection qui pouvait lui être faite par ceux qui prétendaient qu'elle aboutissait à charger la femme d'une responsabilité écrasante par rapport à ses droits. D'une part, on ne peut nier qu'en fait et de plus en plus la femme se voit chargée des dettes de ménage malgré l'absence de droits propres et directs et, d'autre part, en proclamant une responsabilité subsidiaire de la femme, on adapte celle-ci au rôle de second plan qu'elle joue dans nos régimes matrimoniaux.

La théorie du pouvoir propre avait été admise par le projet René Renoult, du 23 juin 1932. Il prévoyait, en effet, dans son article 1419, alinéa 3, que « les créanciers qui ont contracté soit avec le mari, soit avec la femme pour les besoins du ménage, auront action sur tous les biens de la communauté, du mari et de la femme ». Il y avait donc obligation solidaire des trois patrimoines et cela aussi bien sous le régime nouveau de la participation aux acquets que sous le régime traditionnel de communauté.

Il est certain que, séparé du contexte et considéré en lui-même, cet article 1419, alinéa 3 semble bien près de la perfection. En effet, il correspond à la réalité des choses, puisqu'il crée la catégorie spéciale des dettes résultant des besoins du ménage. Il leur affecte en gage la totalité des biens communs et propres pour le plus grand avantage des conjoints et des tiers. Il consacre le principe de l'indépendance de chaque époux et l'égalité de leurs pouvoirs dans le domaine ménager, chacun d'eux en agissant seul obligeant la totalité des biens du ménage.

Malheureusement cet article ne peut cadrer avec notre régime de communauté, comme avec tout régime qui organise un patrimoine spécial devant faire face aux dettes de ménage et placé entre les mains du mari. Il est normal, en effet, que ce patrimoine soit obligé en premier lieu, et que les biens de la femme ne soient obligés que subsidiairement.

En réalité, ce qui empêche dans notre droit français actuel l'obligation solidaire du mari et de la femme, c'est l'existence d'obligations ménagères entre époux, la femme ayant déjà versé une première fois au mari l'argent nécessaire pour payer les dettes de ménage. Il n'est dès lors pas normal qu'elle soit poursuivie par les créanciers sur le même pied que le mari.

Mais que la subordination de la femme vienne à disparaître et que chaque époux garde la propriété, la jouissance, la disposition et l'administration de ses biens et nous applaudirons alors à l'égale responsabilité des époux. Le régime de participation aux acquets, que le régime de 1932 proposait de substituer à celui de la communauté comme régime de droit commun, en fournirait l'occasion.

Nous dirons donc, en conclusion de ce chapitre, que la théorie du pouvoir propre est la seule apte à répondre aux exigences de la situation et à expliquer les effets de l'activité ménagère de l'épouse. Nous n'avions pas tort d'entreprendre l'étude des pouvoirs ménagers à partir des principes philosophiques. Nous parvenons ainsi à une construction qui nous semble logique, complète et répondre heureusement à la complexité des faits. Ce pouvoir propre entraînera l'obligation de l'épouse envers les tiers, obligation subsidiaire dans l'état actuel de notre législation, obligation identique à celle du mari le jour où la femme ne sera plus obligée de lui remettre une certaine partie de ses biens ou de lui verser une certaine somme pour, en contre partie, être chargée du paiement de toutes les dettes de ménage. En définitive, la solution du seul problème qui reste à résoudre, en ce qui concerne les pouvoirs domestiques de l'épouse, dépend du règlement des dettes de ménage entre les époux, auquel nous allons consacrer notre dernier chapitre.

CHAPITRE SECOND

LE RÈGLEMENT DES DETTES DE MÉNAGE DANS LES RAPPORTS ENTRE LES ÉPOUX

Les pouvoirs ménagers de la femme mariée ne vont pas seulement entraîner des conséquences pécuniaires dans les rapports entre elle et les créanciers du ménage ; ils vont aussi avoir leurs répercussions dans les rapports de cette dernière avec son mari.

Ce règlement des dettes de ménage entre les époux se présente, dans notre droit français, sous deux formes bien différentes.

En effet, la femme doit tout d'abord contribuer, dans une certaine proportion, aux charges du ménage en remettant à son mari certains biens dont les revenus serviront à payer les dettes de ménage ou en lui versant une certaine part des revenus dont elle a personnellement la jouissance et l'administration. En contre partie de cette contribution, le mari, nous l'avons vu, doit supporter la totalité des charges du ménage. Ce règlement se fait antérieurement à l'existence de toute dette ; les obligations ménagères entre époux en viennent compliquer l'étude.

Certes, on pourrait croire, à première vue, que ce problème ne rentre pas dans le cadre de notre étude, puisqu'il concerne une question d'ordre privé dont les tiers n'ont pas à connaître. Nous croyons cependant qu'une telle conception serait inexacte, puisque cette contribution préalable entre époux nous paraît avoir une extrême importance en ce qui concerne le problème de leur obligation aux dettes. D'un autre côté, l'existence des obligations ménagères entre époux va permettre à l'épouse d'obtenir de son mari des fonds en vue de régler au comptant les dépenses du ménage.

A côté de ce premier problème, qui existe inévitablement pour tout ménage et qui se caractérise par son caractère d'urgence, une seconde question peut se poser, cette fois-ci après le règlement des dettes de ménage. Il s'agit de savoir comment celles-ci vont se répartir définitivement entre les époux et comment les règles de contribution pourront être respectées.

Si le mari payait effectivement toutes les dépenses faites pour le ménage, tout serait certes réglé conformément aux règles juridiques concernant la contribution des époux à ces dépenses et il n'y aurait plus à revenir sur les conséquences pécuniaires des actes passés par la femme. Mais il est évident que bien souvent il n'en est pas ainsi.

Même en admettant la théorie du mandat et l'irresponsabilité de l'épouse à l'égard des tiers, il peut arriver, qu'en fait, pour des raisons tenant aux nécessités budgétaires ou du fait d'un engagement personnel de l'épouse, cette dernière soit amenée à régler certaines dépenses ménagères. Elle devra donc pouvoir se faire indemniser plus tard de la somme payée, puisqu'elle représente une dépense qui doit incomber finalement au mari.

Ces hypothèses vont se multiplier d'ailleurs si l'on admet la responsabilité de l'épouse à l'égard des tiers. Ceux-ci exerceront leurs recours à leur guise et plus souvent encore la femme aura à se retourner contre son mari pour se faire rembourser une dépense dont il a la charge.

Enfin, la loi de 1907, en permettant aux créanciers du ménage de poursuivre tant les biens réservés de la femme que les biens du mari, a donné naissance à l'ouverture de telles actions de la femme contre son mari. Le recours inverse peut d'ailleurs, aux yeux de certains, trouver à s'exercer, le mari ayant réglé les dépenses ménagères au delà de son obligation à l'égard de son épouse. Dans tous ces cas, un problème de récompenses entre époux sous le régime de communauté, de recours sous les autres régimes se pose et il nous faudra examiner comment il doit être résolu.

Nous voyons, en définitive, que le problème de la contribution des époux aux dettes de ménage se présente à nous sous deux aspects, en deux temps. Nous devons porter notre examen critique sur les avantages et les inconvénients d'une telle organisation et rechercher

s'il ne serait pas préférable, suivant en cela le droit belge (1), de mettre l'unité dans ce problème, en supprimant la contribution préalable de la femme aux dettes de ménage, pour ne conserver que le règlement définitif, une fois les dettes payées.

Notre droit français présente ici une complexité très grande augmentée encore par l'existence d'obligations ménagères entre époux.

Nous étudierons successivement ces différents aspects du règlement des dettes de ménage entre les époux, non pas avec l'intention d'en faire une étude complète (2), mais seulement pour bien montrer comment ce problème peut entraîner des conséquences dans le domaine de l'obligation des époux aux dettes de ménage.

SECTION I

De la contribution des époux aux dettes du ménage

Les dettes de ménage envers les tiers découlent par une sorte de subrogation légale d'obligations ménagères préexistantes entre les époux et qui ne sont autres que les devoirs alimentaires et d'entretien résultant du mariage. En général, ces devoirs pécuniaires, établis par les articles 203, 212 et 214 ne trouvent leur application que d'une manière indirecte par l'obligation des époux aux dettes de ménage envers les tiers, telle que nous l'avons précédemment décrite.

Mais un tel règlement suppose que la femme a contribué à l'égard du mari aux dettes de ménage. Aussi est-il nécessaire de déterminer tout d'abord le montant de cette contribution de l'épouse.

Il nous faudra ensuite rechercher les moyens juridiques qui sont mis à la disposition du mari pour obliger la femme à lui verser sa part contributoire. Nous aurons l'occasion d'étudier notamment la saisie-arrêt des gains et revenus, introduite pour les gains

(1) La loi belge du 20 juillet 1932 a supprimé l'obligation du mari de fournir à la femme tout ce qui lui est nécessaire (art. 214 ancien) et l'a remplacée par une obligation réciproque pour les époux de contribuer aux charges du ménage.

(2) Pour cet examen complet des règles de contribution entre époux, voir la thèse de M. Horfsteter : *De la contribution et l'obligation des époux aux dettes de ménage*.

par la loi du 13 juillet 1907 et étendue aux revenus par la loi de 1942. Certes, le but essentiel de la saisie-arrêt a été de sanctionner l'obligation réciproque d'aliments et d'entretien pesant sur chacun des époux. Mais ce n'est pas à dire pour cela qu'elle est sans application en matière de contribution. L'article 7 de la loi de 1907 a sanctionné en bloc les deux ordres de dispositions contenues dans son texte : le rappel des obligations ménagères entre époux, d'une part, et le principe de la contribution proportionnelle aux charges du ménage sur les biens réservés de la femme de l'autre. Une sanction générale a été ainsi établie. La loi de 1938 (1) confirme d'ailleurs cette façon de voir, puisque avant de parler de la saisie-arrêt, elle pose le principe de la contribution proportionnelle de l'épouse.

§ 1. — Du montant de la contribution des époux

Nous savons que, depuis 1804, l'obligation d'assumer les dettes du ménage pèse sur le mari, celui-ci étant obligé « *de fournir à sa femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de sa vie selon ses facultés et son état* ». Par contre, les deux époux doivent contribuer l'un et l'autre aux charges du mariage, ce qui n'est qu'un aspect du devoir de secours et d'assistance, sanctionné par l'article 212. La loi de 1942 n'a fait que reproduire cette organisation générale du règlement des dettes de ménage.

Mais, par contre, une évolution très importante s'est produite en ce qui concerne la fixation du montant de la contribution de l'épouse.

Le Code Civil n'avait pas formulé dans une règle générale le montant et même l'existence de cette participation de la femme. Il s'était contenté d'en prévoir l'application, sous tous les régimes, sous des formes et dans des limites d'ailleurs variables. Sous le régime de communauté, la femme contribuait forfaitairement aux dettes de ménage par les revenus de tous ses biens qui tombaient en com-

(1) La loi du 22 septembre 1942 a conservé ce rapprochement, traitant de la contribution des époux aux dettes de ménage et de l'obligation principale du mari dans les alinéas 1, 2 et 3 de l'article 214 et disposant dans son alinéa 4 : « *Si l'un des époux ne remplit pas ses obligations, il peut y être contraint par l'autre époux dans les formes prévues à l'article 864 du Code de procédure civile* », article qui établit la procédure de la saisie-arrêt entre époux.

munauté. Sous le régime dotal, la dot représentait la part de l'épouse destinée à supporter les dettes. Pour le régime de la séparation de biens, l'article 1448 décidait que la femme séparée de biens judiciaire devait contribuer proportionnellement à ses facultés et à celles de son mari, tant aux frais du ménage qu'à ceux d'éducation des enfants communs. Pour la séparation de biens conventionnelle enfin, l'article 1537 prévoyait que : « *Chacun des époux contribue aux charges du ménage suivant les conventions contenues en leur contrat ; et s'il n'en existe point à cet égard, la femme contribue à ces charges jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus* » (1).

Il était donc bien rare de voir un mari payer seul les dépenses du ménage, puisque, si l'on va au fond des choses et malgré les apparences, quand le mari payait en partie avec les revenus de la dot (qui lui appartiennent, c'est entendu, mais pour cet usage exclusif) ou avec les revenus de la communauté, si la femme avait des biens propres, ce n'était pas lui qui payait, mais bien l'épouse.

La loi de 1907 avait organisé une contribution proportionnelle de l'épouse sur ses gains et salaires et celle-ci était même sanctionnée par une saisie-arrêt pratiquée sur les salaires et produits du travail, que nous retrouverons plus loin.

L'article 214, dans sa rédaction de 1938, allait, pour la première fois, affirmer d'une façon générale le principe de la contribution de l'épouse : « *Sur les biens dont elle a l'administration, la femme doit contribuer proportionnellement à ses facultés et à celles de son mari, tant aux frais du ménage qu'à ceux d'éducation des enfants communs..., sauf dans les cas prévus aux articles 1537 et 1575.* »

Cette formule était générale à un double point de vue : d'abord, elle englobait tous les ménages indépendamment du régime matrimonial qui les régissait, sauf les hypothèses des articles 1537 et 1575, c'est-à-dire celles du régime de séparation de biens conventionnel où la proportion du tiers était conservée ; ensuite elle s'appliquait aussi bien aux frais auxquels donnait lieu l'article 203 qu'à ceux auxquels l'article 212 servait de base.

Il est bon de remarquer, enfin, que la loi de 1907 prévoyait seulement cette contribution de la femme sur les biens dont celle-ci avait

(1) Il est bon de dire qu'il en allait de même sous le régime dotal, dans le cas où, par exception, tous les biens de la femme étaient paraphernaux ; ainsi en décidait l'article 1575 du Code civil.

la disposition : la loi de 1938 a, très heureusement, étendu cette contribution en se fondant non plus sur la notion de disposition, mais sur celle d'administration : depuis 1938, la contribution porte sur tous les biens que la femme administre.

Il n'en reste pas moins que la proportion du tiers pour la contribution de la femme sous le régime de séparation de biens conventionnelle demeurerait.

Cette forme de contribution de la femme aux dettes de ménage dans la proportion du tiers de ses revenus, tout le surplus des charges incombant au mari, était depuis longtemps critiquée. Ce mode de fixation soulevait deux objections essentielles ; il était souvent inéquitable et toujours par trop rigide. D'une part, lorsque la fortune de la femme était considérable, il pouvait permettre au mari de faire face avec la seule contribution de son épouse à l'intégralité des charges du ménage, alors que, si cette fortune était modeste, cette contribution du tiers pouvait s'avérer notoirement insuffisante. D'autre part, elle ne permettait pas de tenir compte des fluctuations qui, au cours du mariage, pouvaient affecter le patrimoine des époux.

Aussi la pratique a-t-elle été amenée à insérer dans le contrat de mariage des clauses pour écarter ce système.

Certains contrats, peu nombreux à la vérité, exonèrent complètement l'un des époux de toute contribution aux charges du ménage. La question de leur validité doit d'ailleurs se poser. Lorsque cette exonération concerne la femme, sa licéité e semble pas avoir été sérieusement contestée (1). On peut cependant se demander si, depuis la loi de 1938, l'exonération totale de la femme ne serait pas contraire à l'obligation de contribution à elle imposée par le nouvel article 214. Sans doute nous avons vu que ce texte réserve expressément l'application des articles 1537 et 1575. Mais, comme le fait observer M. Plassard (2), la portée de cette réserve est seulement de permettre, sous le régime de la séparation de biens, une autre technique de contribution que le système proportionnel adopté par le nouvel article 214, non d'écarter le principe même de l'obligation de la femme. Quant à la clause exonérant le mari de toute

(1) Metz, 17 août 1858, D. 1859.2.130 ; Aubry et Rau, *op. cit.* t. VIII, § 552, texte et note 4 ; Guillouard, *op. cit.*, t. III, n° 1679.

(2) Plassard : *Etudes à la mémoire d'H. Capitant*, p. 645.

contribution, sa validité a été depuis longtemps discutée. M. Moissinac l'estimait licite (1). Nous pensons, avec MM. Vassart et Jary (2), qu'une pareille clause est contraire aux obligations que l'article 214 impose au mari et que la loi du 18 février 1938 n'a pas supprimées.

Il nous paraît, dans le même esprit, que la clause stipulant une part contributoire plus forte pour la femme que pour le mari, fait échec au devoir d'entretien que l'article 214 impose à ce dernier à l'égard de sa femme. On ne peut plus dire alors que l'épouse se trouve entretenue par son mari, puisqu'elle fournit plus que lui aux dépenses communes. Sans doute, une certaine appréciation de fait reste possible et l'article 214 lui laisse le champ libre en prescrivant que l'étendue du devoir qu'il impose au mari doit se mesurer à ses facultés (3).

La clause qui se rencontre le plus fréquemment tend à appliquer, en matière de séparation de biens contractuelle, le principe de la proportionnalité formulée par l'article 1448 pour la séparation de biens judiciaire. Elle satisfait pleinement à l'équité et présente le grand avantage d'une souplesse qui lui permet de s'adapter sans peine aux fluctuations diverses qui peuvent, au cours du mariage, affecter la fortune de l'un ou de l'autre des époux.

Cette contribution forfaitaire supprime aussi une complication qui se produisait avec le système légal au cas d'exercice d'une profession séparée par la femme.

On s'était demandé tout d'abord si le contrat de mariage pouvait prévoir que la contribution aux charges du ménage comprendrait tout ou partie de ses gains et salaires personnels. Cette stipulation n'allait-elle pas à l'encontre des dispositions impératives de la loi de 1907, qui, dans son article premier, frappait de nullité toute clause du contrat de mariage mettant obstacle aux pouvoirs accordés à la femme sur les produits de son travail et qui restreignait ainsi, à l'imitation des articles 1387 à 1389, la liberté des conven-

(1) Moissinac, thèse Paris, 1920, p. 98.

(2) Vassart, thèse Paris, 1923, p. 57 ; Jary, *op. cit.*, p. 249.

(3) Il est un curieux arrêt de la Cour de cassation du 19 mai 1920, D. 1921.I.153, qui a reconnu licite la clause d'un contrat de mariage stipulant que la femme serait chargée de payer les dépenses de ménage, moyennant le versement d'une contribution fixe par le mari. La femme peut alors d'poser, sans rendre compte, de l'excédent des revenus qui se trouvent entre ses mains après la satisfaction des besoins du ménage.

tions matrimoniales ? En réalité, comme le fait remarquer M. Plassard, « la clause dont il s'agit ne règle pas une question de pouvoir, mais d'affectation. Or, non seulement l'affectation des gains et salaires de la femme aux dépenses du ménage est parfaitement licite, mais encore elle est on ne peut plus conforme à l'esprit de la loi de 1907 » (1). Dans la pratique, des clauses de cette nature se rencontraient assez fréquemment, soit sous la forme très abrégée que voici : « les futurs époux contribueront aux charges du ménage dans la proportion de leurs revenus et de leurs gains », soit sous la forme plus précise : « Les revenus, biens et valeurs de l'un et l'autre des époux et le produit de leur industrie commune et séparée seront appliqués jusqu'à due concurrence aux charges du ménage. »

L'utilité de telles clauses, et, par voie de conséquence, de la contribution proportionnelle, était importante. Il suffisait, pour s'en convaincre, de rechercher quelle était, sous le régime de séparation de biens, en face d'une contribution forfaitaire, de l'épouse et en dehors de toute disposition spéciale les concernant, la situation des produits du travail de la femme et des revenus des biens réservés au regard de sa contribution aux charges du ménage.

Lorsqu'avant 1942, le contrat de mariage ne contenait aucune clause relative à la contribution de la femme aux charges du ménage (ou encore lorsque le contrat fixait la part contributoire de l'épouse à une quotité forfaitaire différente de celle fixée par l'article 1537 et que la quotité forfaitaire du tiers recevait ainsi son application, sans rien stipuler relativement aux gains, salaires et revenus de ses biens réservés), les revenus de la femme dont une partie devait constituer la contribution de cette dernière devaient-ils s'entendre de la totalité de ses revenus ou devait-on exclure de la masse de calcul ces gains, salaires et revenus des biens réservés ?

On pouvait tout d'abord soutenir que l'article 1537 étant un texte interprétatif de volonté, devait être étendu à la totalité des revenus de la femme, car il était à présumer que cette dernière voulait participer à l'entretien du ménage avec les produits de son travail dans la même proportion qu'avec ses autres revenus.

(1) Comme le remarque M. Martin (Aubry et Rau, t. VIII, § 532) la femme peut mettre ses biens réservés en communauté. Ils seront ainsi grevés des dépenses afférentes au mariage et cela même dans l'hypothèse où la femme renonce à la communauté. Rien ne s'oppose donc au cas d'adoption du régime de séparation de biens à ce que les gains personnels de la femme entrent dans sa contribution aux charges du ménage.

MM. Bartin et Moissinac ont eu, à notre avis, raison de critiquer cette solution. Il paraissait, en effet, bien difficile d'intégrer dans le système de l'article 1537 du Code civil les revenus soumis au régime si particulier de la loi du 13 juillet 1907 (1).

Mais du fait que la quotité forfaitaire ne s'appliquait pas aux produits du travail de la femme, il aurait été erroné d'en déduire que ces derniers devaient, sous le régime de la séparation de biens, demeurer nécessairement en dehors de la contribution aux charges de ménage. Une telle solution aurait heurté l'esprit de la loi de 1907. Elle adoptait le système proportionnel dans la mesure « des facultés de chacun » (article 7 de la loi de 1907 que la loi du 18 février 1938 a abrogé, mais pour en généraliser le système) ; il différait évidemment du régime forfaitaire prévu par l'article 1537 ou par certains contrats et par conséquent ne pouvait se confondre avec lui. Les deux systèmes devaient donc jouer concurremment et nous pensons que la solution suivante, proposée par M. Nast (2), était la seule conforme aux principes. Lorsque la femme exerçait une profession séparée, la contribution de chacun des époux aux charges du ménage devait être déterminée conformément au principe de proportionnalité posé par la loi du 13 juillet 1907 et adopté par celle du 18 février 1938, en tenant compte de l'ensemble des ressources de chacun. Si la quotité forfaitaire due par la femme sur ses revenus non soumis à la loi de 1907 était inférieure à la contribution qu'elle devait, elle était obligée de fournir le complément sur ses gains, salaires et revenus de ses biens réservés.

Il n'en demeurait pas moins que pour être la seule acceptable, cette solution amenait de graves complications et qu'il était à souhaiter que le principe de la contribution proportionnelle vienne mettre là encore l'unité si désirée.

Aussi doit-on se féliciter des dispositions introduites par la loi du 22 septembre 1942, qui est venue uniformiser complètement les règles de la contribution de l'épouse et appliquer le principe directeur suivant lequel gains et revenus ont charge des dettes de ménage.

La nouvelle rédaction de l'article 214 décide, en effet, que, dans

(1) Aubry et Rau, précité.

(2) Nast, *op. cit.*, t. IX, n° 1378.

tous les cas et sous tous les régimes, les époux contribuent aux charges du ménage en proportion de leurs facultés respectives, sauf clause contraire du contrat de mariage. L'alinéa 3 du même article indique tout naturellement que « *la femme s'acquitte de sa contribution aux charges du ménage par ses apports en dot ou en communauté et par les prélèvements qu'elle fait sur les ressources personnelles dont l'administration lui est réservée* » (1).

Ce n'est certes pas à dire cependant que ce mode de fixation de la part contributoire de la femme soit exempt de tout inconvénient ; pour fixer le montant de cette part, il faut déterminer successivement le rapport existant entre la fortune respective de chacun des deux époux, puis le montant des dépenses de ménage, calcul complexe et délicat qui entraîne de grosses difficultés lors de la liquidation du régime. De plus, il dépend du mari, en augmentant le montant des dépenses du mariage, d'absorber dans la mesure qui lui convient les revenus de la femme, et ainsi de paralyser, dans une mesure plus ou moins large, la libre jouissance par cette dernière de ses revenus qui constitue un trait essentiel du régime de séparation de biens. Nous verrons, dans la conclusion de ce chapitre, après avoir étudié l'ensemble des problèmes concernant le règlement des dettes de ménage entre époux, s'il est possible de remédier à ces inconvénients tout de même insignifiants si l'on se reporte à la situation antérieure.

Il est important d'observer, pour terminer, que l'article 1449 nouveau, consacrant une solution précédemment acquise en Jurisprudence (2), admet que la femme qui obtient un jugement de séparation de biens et qui a ainsi de justes motifs de craindre la dissipation par le mari de la contribution qu'elle lui verserait « *peut être autorisée par le juge à s'acquitter de la dite contribution en assumant elle-même vis-à-vis des tiers le règlement des dépenses familiales* ».

(1) La femme n'a donc rien à verser à son mari si celui-ci concentre entre ses mains tous les revenus des époux, comme sous le régime de communauté ou le régime exclusif de communauté ou sous le régime dotal si tous les biens de l'épouse sont dotaux. Ce n'est que si la femme conserve la possession de certains revenus qu'elle aura à remettre sa contribution au mari, calculée d'après l'importance respective de ses ressources et de celles du mari. Elle s'acquitte alors, dit la loi, « par des prélèvements qu'elle fait sur les ressources personnelles dont l'administration lui est réservée ». L'idée est claire, mais la formule est peu juridique, car on n'administre pas des ressources, on tire des ressources des revenus des biens dont l'administration vous est réservée.

(2) Voir sur ce point Nast : *Les régimes matrimoniaux* (Traité de Planiol et Ripert), t. VIII, n° 109 et les références citées.

dans la limite de cette contribution ». La Jurisprudence en ce sens, après avoir été discutée par certains auteurs, était admise unanimement ces dernières années. On remarquera seulement que la loi nouvelle la restreint au cas de séparation judiciaire, alors que la Jurisprudence antérieure y voyait un moyen de contrôle de l'activité du mari inhérent au régime de séparation quelle qu'en fût l'origine.

Désormais donc, à défaut de clause contraire du contrat de mariage, les deux époux doivent contribuer aux charges de ménage proportionnellement à leurs revenus, le mari et la femme se trouvant sur le même pied. Nous verrons plus loin comment la Jurisprudence dans le domaine des récompenses et des recours entre époux n'a pas appliqué strictement ce principe de proportionnalité. Elle a tendu à faire prédominer l'idée suivant laquelle les revenus et les gains étant normalement destinés à supporter les charges de ménage, les paiements faits par l'un des deux époux dans ce but à l'aide de ces éléments de leur patrimoine ne pouvaient donner lieu à rétablissement. Ainsi les tribunaux ont apporté dans ce problème de contribution un élément nouveau et important.

Mais il nous faut examiner auparavant comment ces règles de contribution entre époux vont se réaliser, si les époux n'y consentent pas de leur plein gré, et quels sont les moyens qu'ils ont à leur disposition pour obliger leur conjoint à exécuter leur obligation.

§ 2. — *Réalisation et sanctions de la contribution et des obligations ménagères entre époux.*

Avant la loi de 1907 qui devait, pour la première fois, mettre ces obligations en lumière en les sanctionnant par une saisie-arrêt spéciale, celles-ci n'en existaient pas moins.

Des difficultés de réalisation s'étaient déjà présentées que la Jurisprudence avait dû résoudre par des procédés qui restent d'ailleurs valables en présence des dispositions particulières introduites par la loi de 1907.

C'est ainsi que les tribunaux autorisaient la femme séparée de biens comme celle séparée de fait par la faute du mari, à faire elle-même emploi de sa part contributoire pour les besoins du ménage et

l'éducation des enfants communs (1). Ce faisant, la Jurisprudence dérogeait au principe de l'autorité maritale et n'autorisait rien moins qu'une sorte de saisie-arrêt pratiquée sur la femme elle-même. Cependant, cette solution ne suffisait pas à résoudre toutes les difficultés de la situation, même sous le régime de séparation de biens. Il pouvait arriver, en effet, que la femme eut besoin de ressources supérieures à sa part contributoire pour pouvoir continuer à faire face à sa tâche de maîtresse de maison. La Jurisprudence admettait bien que celle-ci pouvait les exiger par la voie du droit commun, mais seulement au cas de séparation de fait (2). D'autre part, le mari devait avoir à sa disposition un moyen lui permettant d'obliger sa femme à verser sa part contributoire. Une intervention du législateur s'imposait donc.

Elle fut réalisée en 1907 par l'introduction dans notre droit français d'une saisie-arrêt spéciale entre époux.

Le législateur ne s'est pas borné à sanctionner les règles de contribution entre époux. Il a voulu en même temps sanctionner les obligations réciproques entre conjoints de secours et d'assistance. Les auteurs de la loi ont pris alors en considération la situation créée par un mari dissipateur, laissant sa femme et ses enfants dans le besoin et ne se souciant aucunement des modes de contribution des divers régimes ; ils ont posé des règles d'ordre public, ressortissant au droit commun matrimonial. Ils ont ainsi sanctionné les obligations ménagères entre époux des articles 212 et 214 et aussi, sous réserve de discussion en 1907, de l'article 203.

Les lois de 1938 et de 1942 n'ont fait qu'étendre et généraliser l'application de cette saisie-arrêt.

Aux termes de l'article 7 de la loi du 13 juillet 1907, faite par l'un des époux de subvenir spontanément, dans la mesure de ses facultés, aux charges du ménage, l'autre époux pouvait obtenir l'autorisation de justice de saisir, arrêter et toucher, des salaires ou du produit du travail de son conjoint, une part en proportion de ses besoins.

La loi du 18 février 1938 devait faire rentrer les dispositions visant

(1) Req., 6 mai 1835, D. J. G., v° C. de mar. n° 1954 ; Riom, 16 février 1853, D. 1854.2.685.

(2) Paris, 7 décembre 1907, S. 1909.2.129. Note Wahl. Cet arrêt a décidé que l'épouse, élevant seule un enfant commun, peut exiger de son mari une participation aux frais d'éducation, sans distinguer selon qu'elle en a fait ou non l'avancee.

la saisie-arrêt entre époux dans les articles du Code civil et les rattacher plus précisément à l'article 214. Désormais la saisie-arrêt se trouve pouvoir être exercée chaque fois que l'un des époux ne remplit pas ses obligations telle qu'elles sont fixées par l'article 214.

Il est bon de noter les différences entre la saisie-arrêt de la loi de 1907 et celle d'aujourd'hui, la loi de 1942 ayant repris dans ses grandes lignes les termes de la loi du 18 février 1938.

Alors que la saisie arrêt ne pouvait porter, en 1907, que sur les gains et salaires, elle peut s'étendre désormais à tous les revenus des époux et la sanction des obligations ménagères se trouve donc s'étendre à toute la contribution de la femme.

La loi de 1942 ne parle que des charges du mariage et non des frais d'éducation des enfants communs, mais il n'est pas douteux que le législateur a entendu englober tous ces frais dans une expression unique.

Une procédure rapide, économique et conciliatrice a été organisée par les lois de 1907 et 1938. Cette procédure se trouve aujourd'hui reproduite par l'article 864 du Code de Procédure Civile, auquel renvoie l'alinéa 3 de l'article 214.

Lorsque l'un des époux ne remplit pas son obligation — obligation telle que nous l'avons définie au paragraphe précédent — son conjoint peut demander au juge de paix du canton du domicile conjugal l'autorisation de saisir-arrêter une part de ses revenus ou salaires en proportion de ses besoins et dans la limite de son obligation. La citation devant le juge de paix doit être faite par lettre recommandée du greffier et elle doit indiquer la nature de la demande. Les époux doivent comparaître en personne. Le jugement autorisant la saisie est rendu après une tentative de conciliation. La signification du jugement par l'époux qui l'a obtenu à son conjoint et au tiers débiteur vaut, par elle-même, attribution des sommes saisies, sans qu'il soit besoin d'aucune autre procédure. Le jugement est exécutoire nonobstant opposition ou appel. Il est toujours révocable si un changement dans la situation respective des parties vient à le justifier. Les règles de droit commun concernant l'opposition, l'appel et la demande d'assistance judiciaire sont applicables.

Le juge de paix, dans la détermination de la saisie-arrêt à autoriser, doit tenir compte d'une double limite : les causes de la saisie-arrêt sont constituées par les besoins du saisissant ; ces besoins, il

est seul à en connaître l'étendue, mais il est certain que le juge de paix sollicité aux fins d'autorisation conserve un droit de contrôle quant à la somme pour laquelle cette autorisation lui est demandée. Il y aura lieu de tenir compte également de la proportion dans laquelle est tenu l'époux saisi — et nous savons que l'étendue de son obligation n'est pas la même pour les deux époux.

En définitive, le juge de paix doit procéder ainsi : rechercher si la somme pour laquelle saisie-arrêt lui est demandée est en rapport avec le train de vie du ménage, examiner dans quelle proportion chacun des époux est tenu au paiement de la somme ainsi fixée, voir si les parts peuvent être en fait supportées par chacun des époux. Ce n'est pas tout, en effet, de savoir ce que chaque époux doit payer théoriquement : il faut encore considérer ce qu'il peut payer en fait ; or les deux époux ne peuvent être obligés au delà de leurs facultés : si les ressources de l'un sont insuffisantes c'est l'autre qui, légalement et sans recours ultérieur, doit se charger de la dépense.

Il est certain que le juge de paix peut refuser d'autoriser la saisie-arrêt : « *L'époux pourra obtenir...* » Peut-il aussi, tout en reconnaissant le bien fondé de la demande, se contenter de condamner l'époux défaillant à verser à son conjoint une pension alimentaire qui représente sa part de contribution aux charges du ménage ? Le texte n'en parle pas. Pourtant l'article 1^{er} de la loi du 7 février 1924 (modifiée par la loi du 23 juillet 1942), qui a créé et réprimé le délit d'abandon de famille, semble en admettre la possibilité : « *sont tenues pour coupables d'abandon de famille... toute personne qui, au mépris d'une décision rendue contre elle, en vertu de l'article 7 de la loi du 13 juillet 1907... sera volontairement restée plus de trois mois sans fournir les subsides déterminés par le juge* ».

Cette disposition nous paraîtrait incompréhensible, si on devait l'appliquer à l'autorisation de saisie-arrêt prévue par l'article 7 de la loi de 1907 ; l'époux débiteur ne pourrait jamais se rendre coupable du délit d'abandon de famille, dans les termes de la loi du 7 février 1924 art. 1^{er}, puisque ce ne serait pas lui qui devrait verser les subsides déterminés par le juge à l'époux créancier, mais bien le tiers saisi (art. 9, loi de 1907).

En conséquence, pour éviter cela, il nous paraît difficile de ne pas reconnaître au juge de paix, à qui l'on présente une demande d'autorisation de saisie-arrêt pour exécution de l'obligation de

secours, le droit de condamner l'époux débiteur au versement d'une pension alimentaire.

Mais si le juge de paix estime que l'époux débiteur condamné à cette pension ne s'en acquittera pas ou s'en acquittera difficilement, il peut autoriser la saisie-arrêt.

Cette procédure est donc aujourd'hui générale quant aux créances qui lui servent de cause et quant aux sommes sur lesquelles elle porte. Simple, rapide et efficace, elle permet en particulier à l'épouse de se procurer les ressources nécessaires pour faire face à sa mission ménagère. Elle constitue un heureux complément de la théorie des pouvoirs ménagers et, à ce titre, son étude nous paraissait s'imposer dans cet ouvrage.

Nous avons ainsi une vue d'ensemble des règles qui commandent la répartition des dettes de ménage entre les époux ; nous savons comment la femme contribue à ces dettes par rapport au mari. Il nous reste à examiner le problème des récompenses ce qui nous permettra de porter un jugement d'ensemble sur le règlement des dettes entre époux.

SECTION II

Les recours entre époux pour dettes de ménage

L'exécution par la femme de sa mission domestique peut donner lieu entre les conjoints à des recours réciproques. Il arrive souvent que la femme soit amenée à fournir une part contributive supérieure à celle qu'elle doit fournir du fait de la loi ou des conventions matrimoniales. Tantôt le mari ne lui ayant pas remis les ressources nécessaires pour faire face aux charges du ménage, elle aura dû fournir une avance sur sa propre fortune (1), et même peut-être aliéné un immeuble propre, tantôt ce sont les créanciers qui

(1) A la condition très légitime qu'il soit prouvé que ses dépenses personnelles n'étaient dans son intention que des avances remboursables et que la femme n'a pas entendu les consentir à titre de libéralités dans l'intérêt de la famille.

Le Code civil allemand a d'ailleurs, pour simplifier cette question délicate, présumé l'*animus donandi*. Article 1429 : « Lorsque la femme, pour subvenir aux dépenses de la vie conjugale, fait une prestation sur ses biens, ou que, dans ce but, elle abandonne au mari quelque chose de ses biens, on doit, en cas de doute, présumer qu'elle n'a pas l'intention de demander remboursement ».

auront saisi les biens réservés de l'épouse ou les biens personnels de la femme séparée de biens, comme la Jurisprudence le permet. Dans tous ces cas se pose la question de savoir si, et dans quelle mesure, elle a droit à récompense (1) de la part du mari ou de la communauté.

La question des récompenses dues par la femme au mari qui a acquitté des dettes de ménage se présente moins souvent, étant donné qu'il ne peut rien réclamer à son épouse lorsque celle-ci a contribué aux dépenses communes. La loi de 1907 a cependant donné naissance à un problème semblable : supposons que des créanciers du ménage aient uniquement fait porter leurs poursuites sur les biens communs ordinaires et que la femme, pour conserver son pécule, renonce à la communauté : le mari aura-t-il droit à une certaine récompense de la part de son épouse, afin d'équilibrer définitivement la charge des dettes de ménage entre les biens communs ordinaires et les biens réservés ? C'est un problème qu'il nous faudra aussi examiner. Après le paiement des tiers qui n'ont pas à entrer dans le détail de ces règlements entre époux, les choses doivent être remises en état entre ces derniers au moyen de restitutions et récompenses.

Nous étudierons cette question des récompenses selon le régime qui régit les rapports pécuniaires des époux, étant donné que les tribunaux ont résolu de façon différente le problème, selon ces hypothèses.

§ 1. — *Les époux sont mariés sous le régime de communauté*

Sous le régime de communauté, il peut arriver que l'un ou l'autre des époux ait payé une dette de ménage avec des valeurs provenant de ses propres le mari a aliéné un de ses biens personnels afin d'assurer l'entretien de la famille ; les créanciers du ménage ont saisi ses biens propres par suite de la confusion qui règne entre ceux-ci et les biens communs. Quant à la femme, il se peut que pour obtenir plus facilement crédit, elle ait juxtaposé son engagement personnel à celui de son mari tenu comme débiteur de l'obligation d'entretien : les fournisseurs ont pu, en conséquence, exercer leurs poursuites sur son patrimoine. En dehors même de toute obligation volontaire de

(1) Nous employons le mot récompenses dans son sens courant étant bien entendu que, juridiquement, ce terme n'est valable que pour le régime de communauté.

sa part, les tiers qui ont participé à l'entretien et à l'éducation de ses enfants ont pu saisir ses biens, comme le permet la Jurisprudence qui déclare l'épouse personnellement tenue des frais d'entretien de ses enfants, en vertu de l'article 203 du Code civil. Ce règlement, spontané ou forcé, à l'aide de biens propres, d'une dette ménagère qui incombe, en définitive, à la communauté (article 1409) donne à l'époux qui l'a effectué droit à une récompense prélevée sur le patrimoine commun. Ce principe ne soulève aucune difficulté, il suffit de le rappeler.

Mais la loi de 1907 pose un autre problème plus complexe auquel nous avons déjà fait allusion. La communauté se trouve composée de deux parties distinctes : les biens communs ordinaires et les biens communs réservés à l'administration de la femme qui répondent également en vertu de l'article 3, alinéa 2, de la loi de 1907, des dettes contractées dans l'intérêt du ménage. L'époux poursuivi est tenu de les acquitter intégralement sur les biens communs qu'il administre et même sur sa fortune personnelle s'il s'agit du mari. D'autre part il se produit fréquemment en pratique que les dettes du ménage sont acquittées intégralement par l'époux qui se trouve avoir des deniers liquides au moment de leur échéance. Il en est ainsi par exemple, du paiement du terme de loyer, des frais d'une maladie ou d'une opération chirurgicale, du trimestre de pension des enfants. Sous l'empire de la loi de 1907, il peut donc s'effectuer couramment des règlements de dettes de ménage par l'un des époux à l'aide des biens dont il a l'administration et qui, d'après les dispositions mêmes de la loi, répondent effectivement des dettes à l'égard des créanciers. Peut-il se produire à la dissolution de la communauté un mouvement de récompenses entre les époux relativement aux dettes de ménage, afin d'en répartir la charge définitive entre les biens réservés et les biens ordinaires ? La question est des plus importantes, mais aussi des plus controversées. Nous l'envisagerons successivement dans les hypothèses d'acceptation et de renonciation de la femme à la communauté.

A. — *Acceptation de la communauté.*

Aux termes de l'article 5, alinéa 1^{er} de la loi de 1907 « s'il y a communauté ou société d'acquêts les biens réservés entreront dans

le partage du fonds commun ». Lorsque la femme accepte la communauté, les biens réservés se joignent aux biens communs ordinaires et, pour le partage, il n'existe plus qu'une seule masse commune, à laquelle chacun des deux époux a des prétentions égales en principe, sauf clause du contrat de mariage prévoyant un partage inégal. Or les récompenses ne peuvent jouer qu'entre des patrimoines distincts quant à la propriété. Il ne peut donc se produire aucun mouvement de récompenses entre le pécule et les biens communs ordinaires qui se confondent en une masse unique. Il n'en est ainsi, bien entendu, que lorsque les biens réservés qui ont servi à payer les dettes ménagères étaient des biens réservés communs. S'ils étaient propres à l'épouse, il y aurait lieu à récompense de la part de la communauté, car, en dépit de la formule trop large de l'article 5, alinéa 1^{er}, les biens réservés propres à la femme n'entrent pas dans le partage du fonds commun. La loi de 1907 n'a pas changé la composition active et passive de la communauté (1).

B. — Renonciation à la communauté.

La situation est, dans ce cas, toute différente de la précédente. La scission s'opère alors entre les deux catégories de biens répondant indistinctement des dettes du ménage. En vertu de l'article 5, alinéa 2, les biens réservés de la femme deviennent sa propriété, alors qu'elle reste étrangère aux biens communs ordinaires qui, avec les propres du mari, constituent la propriété de celui-ci.

Puisque pécule et biens communs ordinaires, à dater de la renonciation, forment deux patrimoines distincts quant à la propriété, rien ne devrait plus s'opposer, en droit, à des mouvements de récompenses de l'un vers l'autre. Et, en fait, tout semble les justifier, puisque, au cours de la communauté, les dettes de ménage peuvent avoir été acquittées très inégalement par les deux époux qui, après sa dissolution, continuent d'en répondre de façon identique et au choix des créanciers. En effet, l'alinéa 2 de l'article 5 spécifie que la femme garde ses biens réservés « *francs et quittes de toutes dettes autres que celles dont ils étaient antérieurement le gage en vertu de l'article 3 de la présente loi* ». Autrement dit, elle reste obligée à la totalité des dettes contractées dans l'intérêt du ménage par elle-

(1) Cf. *Bartin, dans Aubry et Rau, op. cit.*; t. VIII, § 509, note 63.

même ou par son époux au cours de la communauté et non encore soldées lors de sa dissolution. La solution est la même en ce qui concerne le mari. Pour se faire payer, le créancier s'adresse à qui lui plaît, mais il semble dès lors logique d'admettre le recours entre époux. Seul, il paraît capable d'assurer leur équitable contribution au passif ménager qui doit suivre le sort de tous les biens qui composaient l'actif commun et se partager entre eux, qu'il s'agisse du passif déjà éteint ou de celui encore dû à la dissolution de la communauté.

Malgré ces considérations, la majorité des commentateurs de la loi de 1907 s'oppose au principe du recours entre époux et ceux-là même qui s'en déclarent partisans comprennent différemment les droits du mari et ceux de la femme. Nous étudierons donc séparément la situation de chaque époux.

1° *Récompenses dues au mari.*

Parmi les commentateurs de la loi de 1907 qui se sont penchés sur cette question, la grande majorité de ceux qui sont favorables au principe des récompenses ne l'admet cependant qu'au profit de la femme. Le mari qui a payé des dettes de ménage avec des biens qui constituent sa fortune définitive (biens communs ordinaires et biens propres) ne peut exiger aucune récompense de la part de son épouse, déclarent notamment MM. Chéron et Nast (1), car il pouvait pratiquer une saisie-arrêt sur les gains de celle-ci et il est en faute s'il a négligé cette mesure. M. Jary (2), a estimé que cette argumentation n'était pas décisive. Pour ce faire, il raisonne de la façon suivante : le mari n'aura recours à la procédure instituée par l'article 214 du Code civil que si la femme refuse de verser entre ses mains sa part contributoire sur les produits de son travail ; mais, en dehors de toute mauvaise volonté d'une femme qui contribue régulièrement aux dépenses courantes, il peut se produire qu'une grosse dette ait été soldée par le mari et que, lors de la dissolution de la communauté sa compagne n'ait pas encore remboursé la part qui lui incombe. Il prend un exemple concret : l'état de santé d'un enfant commun exige une intervention chirurgicale immédiate ; les honoraires du chirurgien doivent être acquittés à bref délai. La femme n'a

(1) Nast, *op. cit.*, t. IX, n° 1375. Chéron, *Rev. Trim.* 1909, p. 77^r.

(2) Jary, *op. cit.*, p. 243.

pas de fondé liquides mais le mari a des deniers disponibles : un compte en banque par exemple. Il paie les frais de l'opération. Son épouse ayant une trésorerie momentanément gênée ne rembourse pas la part dont elle est tenue, et, sur ces entrefaites, la communauté vient à être dissoute. Si la femme renonce pour conserver les biens qu'elle a acquis, pourquoi refuser au mari le droit d'exiger d'elle sa part contributoire ? Dans un cas comme celui supposé, il est normal que le mari n'ait pas recours à la saisie-arrêt. De toute façon, d'ailleurs, celle-ci n'est plus d'aucune utilité au mari après la dissolution de la communauté. Si donc, poursuivi par un créancier du ménage après la liquidation de ce régime, le mari se voit dans l'obligation d'acquitter la totalité de la dette qui reste impayée, il est juste de lui accorder un recours contre son épouse qui, conservant une fraction du patrimoine conjugal affecté aux besoins du ménage, doit supporter la charge d'une part correspondante dans le passif qui en résulte.

On objectera peut-être que cette dernière hypothèse se réalise rarement dans la pratique : en effet la femme ne renonce que devant une communauté obérée et dès lors c'est elle que les créanciers du ménage poursuivront de préférence au mari. Mais, sous l'empire de la loi de 1907, la renonciation de la femme ne fait pas toujours présumer l'insolvabilité du mari. Pour qu'elle ait avantage à opter pour ce parti, il suffit que son pécule ait une valeur égale ou supérieure à celle des biens communs ordinaires. Il est possible aussi qu'elle préfère renoncer à la communauté afin de garder en nature ses biens réservés.

Il est certain que, équitablement, il n'existe aucune raison péremptoire pour priver le mari du droit d'exiger des récompenses de sa femme, au moins en ce qui concerne les dettes de ménage qu'il serait amené à payer après la dissolution de la communauté. Quant aux dettes qui sont dues au moment de la liquidation de ce régime, chaque époux doit contribuer à leur extinction proportionnellement à la valeur respective des deux groupes de biens qui composent la masse commune toute entière affectée aux besoins du ménage.

Mais juridiquement, il nous apparaît que le mari ne peut exiger que la part contributoire de son épouse. S'il ne le fait pas, s'il n'emploie pas pour cela la saisie-arrêt, nous estimons qu'il ne peut pas demander récompense à sa femme. Il faudrait pour admettre la solu-

tion contraire qu'une telle disposition soit prévue par le législateur. Les dettes de ménage ont été payées avec des deniers communs et aucune récompense ne peut être exigée par le mari.

2° *Récompenses dues à la femme.*

Les raisons qui militent en faveur du droit à récompense du mari ont, au moins, la même valeur probante appliquées à la femme, pour toutes les dettes du ménage qu'elle a acquittées au cours de la communauté et celles dont le paiement intégral lui est réclamé postérieurement à sa dissolution. Le règlement des dépenses, surtout des dépenses importantes, est livré au hasard des disponibilités de la trésorerie de chaque époux ou des poursuites des créanciers. Certes, pendant la communauté, les tiers agiront plutôt contre le mari, mais, après la dissolution de ce régime, ils exerceront leurs poursuites de préférence contre la femme, sa renonciation à la communauté indiquant le plus souvent le mauvais état de celle-ci. Comme pour le mari, il paraît donc équitable de reconnaître le principe des récompenses au profit de la femme.

Telle est d'ailleurs l'opinion de M. Nast qui, hostile au recours du mari, est au contraire favorable à celui de son épouse (1). M. Martin se prononce dans le même sens. « En ce qui nous concerne, écrit-il (2), nous admettons le principe de la récompense, les dettes de ménage ne pouvant certainement pas, dans l'esprit de la loi de 1907, retomber exclusivement sur la femme ». Malgré quelques réserves, M. Lenoan se rallie à cette solution (3).

Il est certain, en effet, que la femme, une fois sa contribution versée par elle au mari, ne doit plus, dans ses rapports avec celui-ci, pouvoir être tenue de supporter les dépenses du ménage. C'est au mari seul qu'incombe le soin d'y faire face. D'autre part la femme ne dispose à son égard d'aucune mesure de coercition suffisante. Elle ne peut lui retirer le pouvoir de faire de telles dépenses, comme celui-ci peut le faire contre son épouse et la saisie-arrêt sera vaine chaque fois que le mari sera oisif ou qu'il ne recevra pas de tiers un salaire périodique.

(1) Nast, *op. cit.* t. IX, n° 1375.

(2) Aubry et Rau, T. VIII, § 509, note 63.

(3) Boudant et Lenoan, T. X, n° 385.

Il faut toutefois remarquer que la majorité de la doctrine (1) et, avec elle, l'unique décision judiciaire rendue en la matière, celle du tribunal civil de Lannion du 8 février 1910 (2) s'opposent à toute prétention de la femme d'obtenir récompense pour toutes les dettes qui concernent l'entretien du ménage.

Tous les juristes, partisans de cette thèse, font appel au même argument : les biens réservés, ayant été affectés aux besoins du ménage par le législateur, la femme n'a droit à aucune récompense lorsqu'ils ont simplement atteint leur but en servant à désintéresser les créanciers du ménage : « Quand donc ces biens réservés servent à acquitter une dette contractée dans l'intérêt du ménage, déclare M. Margat, ils ne font que remplir la fonction qui est la leur et dès lors toute répétition de la part de la femme doit être écartée ».

Le jugement du Tribunal civil de Lannion s'est montré encore plus catégorique. Une dame L'Horset abandonnée par son mari s'était placée comme domestique et avait seule assumé la charge de l'entretien et de l'éducation du fils commun. Ses économies avaient été confiées par elle à un notaire. A la dissolution du mariage des époux L'Horset, l'actif de la communauté se composait uniquement de la créance de la femme contre la succession du notaire décédé, créance à partager entre les époux par suite de l'acceptation de la femme. Celle-ci réclamait alors une récompense dans la mesure de la part incombant au mari dans les frais d'éducation de son fils. Dans ces conditions et d'après ce que nous avons vu plus haut, le tribunal ne pouvait que débouter la femme de sa prétention. Mais, considérant le problème d'un point de vue plus général, il a contesté à la femme renonçante le droit de réclamer une récompense pour toute dette de communauté et du mari qu'elle aurait pu acquitter. « Attendu, décide-t-il, que pour être habile à prélever, à titre de récompense... une somme égale à sa part contributoire dans cette charge commune du mariage, il eût fallu que la dame Lhorset pût considérer, non comme valeurs communes, mais comme biens lui appartenant en propre, le produit de son travail et les économies en provenant. Mais, attendu qu'il n'existe, dans la dite loi, aucune disposition attribuant à ce pécule, par dérogation à l'article 1401 du

(1) Voir les thèses de Pichon, Colin et Legrand, Margat, Léonce, Thomas, Chéron et Boussus.

(2) Lannion, 8 février 1910, D. 1910.2.283, note Lalou.

même code, le caractère d'un bien propre à la femme commune et édictant par exemple qu'elle aura droit à récompense si elle l'affecte, en totalité ou en partie, à l'acquit des dettes de communauté ou du mari... » On le voit, le tribunal est allé très loin, puisqu'il a embrassé dans sa théorie toutes les dettes communes et même les dettes personnelles au mari. Cette thèse excessive a motivé la critique de l'annotateur, M. Lalou, mais cet auteur, conformément à la doctrine dominante, a distingué parmi les dettes communes celles qui, intéressant le ménage, ont les biens réservés pour gage et sont les seules, à son point de vue, à ne pouvoir donner lieu à récompense au profit de la femme.

En réalité, il nous semble qu'une telle argumentation opère, une fois de plus, une confusion regrettable et totale entre les notions de contribution et d'obligation à la dette. Il est incontestable que les biens réservés ont été expressément affectés aux besoins du ménage par la loi de 1907 ; les créanciers du mari, qui ont contracté avec lui ou avec son épouse considérée comme sa mandataire dans l'intérêt du ménage, peuvent saisir le pécule réservé soit pendant la communauté, soit après la dissolution de ce régime si la femme renonce à sa part de biens communs.

En édictant cette disposition, le législateur a voulu favoriser le crédit des époux en donnant un large gage aux fournisseurs du ménage. Mais il nous semble que ce serait déformer sa pensée que d'étendre aux rapports des époux entre eux ce qui ne vaut semble-t-il que dans les rapports de la femme avec ses créanciers. Les biens réservés ne doivent pas pouvoir être amenés à supporter seuls la charge du passif ménager ; la loi de 1907 oblige seulement la femme à y contribuer. On peut d'ailleurs arriver à cette conclusion en raisonnant sur l'article 5, al. 2 de la loi de 1907, aux termes duquel « *si la femme renonce à la communauté, elle gardera (ses biens réservés) francs et quittes de toutes dettes autres que celles dont ils étaient antérieurement le gage en vertu de l'article 3 de la présente loi* ». En rédigeant ce texte, le législateur n'a pas entendu faire peser définitivement la charge des dettes de ménage sur la femme qui les a payées ; il a simplement voulu réserver les droits des créanciers ayant traité avec le mari ou avec la femme mandataire dans l'intérêt du ménage. Il est naturel de rapprocher la reprise de la loi de 1907 de celle des apports francs et quittes qui peut être stipulée dans le

contrat de mariage pour une femme commune en bien. Dans la langue juridique courante, une reprise franche et quitte par une femme renonçante n'exclut pas a priori le droit de poursuite des créanciers ayant pour gage l'apport. On doit interpréter l'article 5, alinéa 2, à la lumière de cette notion usuelle mutatis mutandis. Quoique les biens réservés soient des biens communs, la femme renonçante échappe à tout le passif commun, non à la poursuite des créanciers qui peuvent établir l'intérêt de leur opération pour le ménage. Mais il est conforme à la notion d'une reprise franche et quitte de lui accorder un recours pour la part qui ne lui est pas personnelle en cas de paiement effectué après la dissolution de la communauté. Ainsi, en analysant l'article 5, alinéa 2, on aboutit à la thèse que nous défendons, à savoir le principe d'une récompense au profit de la femme.

Il est logique d'admettre le même principe lorsque la dette a été acquittée par la femme au cours du mariage. M. Lenoan, cependant, pour des raisons de nécessité pratique, écarte toute répétition au profit de la femme renonçante qui a soldé les dettes de ménage, pendant le mariage, avec ses biens réservés. « Nous nous proposons, écrit-il, de présumer que la femme payait ainsi sa contribution personnelle ; elle eût agi contre le mari (saisi-arrêté les produits de son travail, s'il réalisait des gains) dans le cas où celui-ci n'eût pas subvenu de son côté, dans la mesure de ses ressources, aux charges du ménage. En écartant la récompense pour dettes de ménage payées pendant le mariage, on évite l'appréciation rétroactive des ressources respectives des époux dans le passé » (1). Mais pour les dettes de ménage qui subsistent à la dissolution de la communauté, M. Lenoan, comme MM. Bartin et Nast, déclare « que chaque époux doit contribuer à leur extinction proportionnellement à la valeur respective des deux groupes de biens qui composent la masse commune. »

En définitive, nous pensons, quant à nous, que la femme doit se voir reconnaître dans les deux cas un droit à récompense de son conjoint pour les obligations du ménage qu'elle aurait seule exécutées, soit pendant le mariage, soit tout au moins lors ou après la dissolution de la communauté. Il ne faudrait tout de même pas tirer

(1) Nous verrons plus loin, que, sous le régime de séparation de biens, une clause spéciale du contrat de mariage vient, dans la plupart des cas, écarter tout recours entre époux pour éviter de sérieuses difficultés de liquidation.

des conséquences de la loi de 1907 en contradiction avec les idées qui l'ont inspirée. Nous sommes en face d'une loi féministe, elle ne peut apporter à la femme des charges supérieures à celles qui pesaient sur elle antérieurement. Or, si on lui refuse le droit à récompense, la femme pourra être amenée à supporter les dettes de ménage avec des biens qui antérieurement lui auraient été propres et n'auraient pas pu être saisis par les créanciers.

Le montant de la récompense sera facilement déterminé si l'on tient compte que, l'actif net du pécule et celui du patrimoine commun ordinaire étant dans un certain rapport de valeurs, la part contributoire de la femme et celle du mari dans les charges du ménage doivent être dans le même rapport. Et puisque la question demeure controversée, nous serions heureux de voir adopter un texte s'inspirant de la formule proposée par M. Bartin (1) : « La femme a droit à récompense vis-à-vis de la communauté à concurrence de ce qui excède la part des dettes de ménage que les biens réservés auraient définitivement supportés, par rapport au reste de l'actif commun, s'ils étaient restés dans la communauté. »

Les récompenses doivent être admises d'une façon générale en vertu de l'équité, elles devraient l'être même en dehors des situations expresses du législateur, puisque le Code civil n'en prévoit que certaines applications. L'égal obligation personnelle de chaque époux à la dette est sans influence sur la question.

Il n'en reste pas moins que nous constatons dans ce domaine une atteinte aux règles de contribution posées par le Code civil, la femme pouvant être amenée, d'après la Jurisprudence, à payer deux fois les dettes du ménage. C'est un point qui méritera de nous retenir dans notre conclusion. Mais il nous faut rechercher si les principes posés par le Code se trouvent respectés sous les autres régimes matrimoniaux et si les recours entre époux peuvent jouer complètement, comme l'exigerait la stricte équité.

§ 2. — *Les époux sont mariés sous le régime de séparation de biens.*

Nous avons, dans notre première section, déterminé quelle était, sous ce régime, la part contributoire de chaque époux aux dettes de

(1) Bartin, dans Aubry et Rau, t. VIII, § 509, note 65.

ménage. Nous pouvons donc rechercher ce qu'il advient lorsque l'un des époux et, plus spécialement dans le cadre de cette étude la femme, vient à payer ces dettes au delà de sa part.

Dans la solution de ce problème va apparaître une fois de plus l'idée si importante en la matière que les revenus et les gains des époux ont chargé des dépenses ménagères. En effet, le recours qui va être reconnu à l'époux va varier suivant que celui-ci a fait face à ces dépenses au moyen de ses revenus ou qu'il a dû entamer son capital.

A. — Paiement des dettes de ménage à l'aide des revenus.

Quand la femme est mariée sous le régime de la séparation de biens, une partie des revenus de ses propres reste à sa disposition. Mais, en pratique, il arrive souvent que, peu experte aux affaires financières, elle laisse ses revenus aux mains de son conjoint. Si cette situation est régularisée par un mandat formel donné au mari pour administrer les biens paraphernaux de son épouse (il en va de même sous le régime dotal), il n'existe aucune difficulté : « *le mari sera tenu vis-à-vis d'elle comme tout mandataire* » (1) ; il sera comptable des fruits sous réserve de ceux qui représentent la part de la femme dans les charges du ménage. Si la femme a seulement laissé, en fait, au mari la disposition journalière de ces biens, elle pourra plus tard se prévaloir de son contrat de mariage pour demander la restitution des sommes dépensées. Elle est considérée comme ayant volontairement abandonné ces revenus au ménage. Elle pourra, par la suite, gérer elle-même ses biens, mais pour le passé, elle n'a aucune restitution à réclamer (articles 1539 et 1578), même si elle offre de prouver que ces revenus n'ont pas profité à la famille mais seulement au mari. La Jurisprudence est constante sur ce point et un arrêt de la Cour de Cassation du 18 juin 1908 a adopté cette position (2). Depuis la loi de 1907 d'ailleurs, une situation analogue peut se présenter sous tous les régimes et doit être résolue de la même façon. Si la femme abandonne à son mari la gestion de ses biens réservés et qu'elle se trouve ainsi contribuer aux dettes

(1) Art. 1577.

(2) Cass., 18 juin 1908, S. 1910.1.369

du ménage dans une proportion plus grande que son époux, elle ne pourra répéter ce qu'elle a payé en trop.

Si nous considérons maintenant la femme mariée qui gère elle-même ses biens propres, il est nécessaire, pour résoudre le problème des récompenses, de distinguer deux hypothèses, suivant que, au moment où l'épouse paye la dette de ménage, le mari est ruiné ou qu'il est parfaitement solvable.

Dans la première, il suffit de se reporter aux termes mêmes de l'article 1448, alinéa 2, qui décide « *que la femme doit supporter entièrement les frais du ménage s'il ne reste rien au mari* ». La doctrine et la Jurisprudence s'accordent d'ailleurs à étendre ce texte, écrit pour la séparation de biens judiciaire, au cas où les époux ont par le contrat de mariage adopté ce régime. L'épouse qui a payé des dettes en raison des circonstances ne peut même pas si le mari revient à meilleure fortune exercer une répétition contre son époux (1). Elle peut seulement profiter d'une réduction de sa contribution. En effet la femme acquittant avec ses revenus personnels toutes les dépenses et dettes de ménage, y compris les frais d'éducation des enfants, a soldé sa propre dette. Ainsi en a décidé notamment un arrêt de la Cour de Cassation du 11 avril 1902 (2).

Dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire lorsque le mari est parfaitement solvable, il peut se faire cependant que la femme ait contribué sur ses revenus pour une part supérieure à celle qu'elle doit normalement. De plus, on sait comment la Jurisprudence à peu à peu été amenée à condamner l'épouse au paiement des fournitures faites dans l'intérêt du ménage soit intégralement, soit pour sa part contributoire, et cela même si elle a déjà versé cette part au mari. En dehors même de l'hypothèse de poursuites exercées par les créanciers, il se peut que la femme ait supporté seule toutes les dépenses de ménage et notamment les frais d'entretien et d'éducation des enfants ; il en est ainsi, par exemple, lorsqu'un mari a abandonné sa femme qui, ignorant où son mari travaille, ne peut saisir-arrêter ses salaires. Il est certain que, dans tous ces cas, la

(1) Il est bien entendu que nous supposons, dans ce paragraphe, que la femme n'a dépensé que ses revenus sans toucher à ses capitaux.

(2) Cass., 11 avril 1902, D. 1903.1.465. Cf. Aubry et Rau, t. VIII, § 516, texte et note 62. Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, *op. cit.* III, n° 1493.

femme doit pouvoir exercer un recours contre son époux. La situation inverse peut d'ailleurs se produire, le mari réclamant à sa femme, à la dissolution du régime, le montant de sa contribution qu'il prétend ne pas lui avoir réglée. La question se pose donc de savoir comment vont jouer ces recours.

Ce règlement de comptes ne soulève guère de difficultés quand les conjoints ont adopté le système de la contribution forfaitaire. Lorsque la femme a fourni une contribution supérieure à celle que le contrat de mariage lui imposait, il est aisé de faire la différence entre la somme dépensée et celle réellement due. Si c'est le mari qui réclame sa part à sa femme, tout revient à savoir si telle somme a été ou non versée ; c'est à la femme qu'incombe, comme à tout débiteur, la charge de prouver sa libération et tous les auteurs sont d'accord pour ne pas lui imposer les règles strictes de la preuve écrite : on reconnaît qu'il y aurait pour elle impossibilité morale à exiger des quittances de son mari et on lui permet de prouver sa libération par tous moyens.

Mais ce règlement parce qu'il a lieu le plus souvent en fin de régime, devient extrêmement complexe avec le système de la proportionnalité. Pour être à même de connaître ce que le mari doit à sa femme qui a supporté seule l'intégralité ou une grande partie de l'entretien du ménage, ou ce qu'il doit lui réclamer, il est nécessaire de connaître quel devrait être le montant exact de la contribution de la femme et c'est là que réside toute la difficulté. S'il est relativement aisé de déterminer le rapport existant entre les ressources des époux, il est en revanche fort délicat de préciser le montant des dépenses du ménage et, par suite, la quantité des dépenses ménagères que chaque époux doit supporter. Comme le fait observer M. Plassart, « l'établissement du compte « dépenses » suppose deux opérations : la détermination des catégories de dépenses qui doivent y figurer et celle du montant que ces dépenses ont atteint ». Nous avons indiqué dans l'un des chapitres précédents ce qu'il fallait entendre par dettes de ménage (1). Mais il est à peu près impossible d'en établir le montant si les époux, comme cela arrive presque toujours, n'ont pas tenu de comptes. On ne pourra

(1) Ces dettes excluent, en principe, les dépenses professionnelles des époux, mais il se pourrait qu'une clause du contrat de mariage les comprît dans la liste de celles auxquelles la femme doit contribuer et il faudrait alors en tenir compte.

procéder que par approximations, ce qui permettra cependant de fixer la part que chaque époux aurait dû supporter et par suite la somme qu'il peut réclamer à son conjoint. Pratiquement les choses ne sont pas si simples et l'on se trouve en présence de difficultés de liquidation quasi-inextricables que la pratique notariale a tenté d'éluder par des clauses appropriées (1).

Nous allons assister ainsi à une déformation complète de l'organisation de la contribution des époux dans notre droit français dont il sera bon de tirer par la suite les enseignements qui s'imposent.

Tout d'abord, l'adjonction d'une société d'acquêts au régime de séparation de biens apparaît à certains auteurs comme le moyen d'éviter les complications entraînées, lors de la liquidation, par la clause de contributions proportionnelles aux charges du ménage.

Mais surtout de très nombreux contrats de mariage contiennent une clause stipulant qu'aucun compte relatif à la contribution aux charges du ménage ne pourra être exigé au moment de la liquidation du régime. Les formules les plus usuelles sont les suivantes : « Les futurs époux contribueront aux charges du mariage dans la proportion de leurs gains et revenus sans être assujettis à aucun compte entre eux, ni à retirer aucune quittance l'un de l'autre, chacun d'eux devant, à ce sujet être réputé avoir fourni sa part contributoire jour par jour » (2) ou « les dépenses étant réglées jour par jour » (3) à quoi on ajoute parfois : « et sans qu'en aucun cas, il puisse être demandé au survivant par les héritiers du prédécédé et réciproquement par le survivant à ces derniers, aucun compte, aucune justification, ni aucune restitution quelconque à ce sujet ».

Ces clauses paraissent, à première vue, d'une interprétation assez simple et ne semblent pas avoir attiré beaucoup l'attention des auteurs. En réalité, leur caractère et leur portée sont beaucoup moins aisés à préciser qu'il ne paraît tout d'abord et elles donnent lieu dans la pratique à de sérieuses difficultés.

Il est, en ce qui concerne leur champ d'application, un premier point qui ne fait aucun doute. Si la femme a supporté toutes les dépenses du ménage par suite de la faute de son époux qui a délaissé

(1) Voir la chronique de M. Savatier au D. H. 1929 chr. p. 21.

(2) Formule rapportée par M. Jary, *op. cit.*, p. 258.

(3) Formule rapportée par M. Defrenois, *Petit formulaire du notariat*, 1937, p. 705.

le foyer conjugal et dont elle n'a pu saisir les gains, salaires et revenus, la clause ne peut recevoir application et il est juste d'admettre la réclamation de l'épouse lors de la liquidation du régime qui sera, par exemple, la conséquence d'un divorce, et de lui permettre, au besoin, de faire vendre les biens propres de son mari pour rentrer dans ses débours. Les tribunaux ont eu, une seule fois, à notre connaissance, l'occasion de statuer sur ce point. Les époux vivaient séparés par suite d'une instance en divorce, mais cette fois c'était le mari qui avait supporté presque entièrement les charges du ménage. Il réclamait à sa femme le paiement de sa part contributoire ; celle-ci s'y refusait en invoquant la clause de non-reddition de comptes insérée au contrat de mariage. La Cour d'Angers a donné tort à la femme pour les motifs suivants qui précisent bien les données du problème : « Lorsque, d'après le contrat de mariage, les époux doivent contribuer aux charges du ménage sans être tenus de se rendre aucun compte, la circonstance que la femme a, pendant les délais d'une instance en divorce, lequel n'a pas eu lieu, vécu séparée de son mari, n'empêche pas qu'elle ne soit tenue de contribuer aux charges du ménage pour le temps de sa séparation ; qu'elle n'est fondée ni à prétendre qu'elle a suffisamment contribué à ces charges en subvenant à ses propres dépenses, ni à invoquer la clause du contrat de mariage portant que les deux époux ne seraient tenus de rendre compte, cette clause n'étant censée stipulée que pour le temps pendant lequel les deux époux habiteraient ensemble » (1). Le dispensé de compte ne doit donc jouer que lorsqu'il y a vie commune.

Il s'agit de savoir s'il convient de l'appliquer alors dans l'hypothèse où la femme, bien qu'elle ait déjà versé au mari sa part contributoire, a dû payer une seconde fois aux créanciers les dettes de ménage et n'a pas encore été indemnisée par le mari, le mariage par exemple étant venu à se dissoudre aussitôt après le paiement de la dette. Il nous semble que tout dépendra alors de la formule employée. Si celle-ci ne vise que les règlements entre époux, versement par chacun de sa part contributoire, il n'est pas douteux que la femme pourra exercer un recours contre son mari ou la succession de celui-ci. Si, par contre, la formule employée prévoit que

(1) Angers, 26 mai 1810, Pand. Franc., V. Mariage, n° 7490

toutes les dépenses sont censées réglées jour par jour, il nous paraît que la clause empêchera tout recours entre époux, malgré la contribution forcée de la femme à raison d'une poursuite des créanciers.

Ces précisions ne suffisent pas à déterminer les effets de la clause. Il faut encore en préciser le caractère.

Pour certains auteurs, cette clause ne constituerait qu'une simple présomption de paiement, un simple renversement du fardeau de la preuve. En principe, c'est à l'époux débiteur de la contribution, la femme normalement, qu'il appartient de prouver sa libération. La clause établirait seulement en sa faveur une présomption, mais seulement une présomption *juris tantum*, que le mari pourrait combattre par une preuve contraire s'il voulait contester le versement de la contribution (1).

Nous ne pouvons souscrire à ce point de vue et nous estimons plus conforme au but recherché par les époux de lui donner un effet beaucoup plus énergique. Elle ne doit pas aboutir à un simple renversement du fardeau de la preuve. Elle doit éliminer des opérations de liquidations tout compte de contribution aux dettes de ménage. Il n'est pas douteux qu'en l'insérant dans les contrats de mariage, la pratique notariale cherche à écarter les difficultés si grandes inhérentes à l'établissement d'un pareil compte. Ce résultat ne serait nullement atteint s'il s'agissait d'une simple présomption *juris tantum* de paiement. De quelque côté que soit le fardeau de la preuve, les difficultés relatives à l'établissement du compte de contribution n'en subsisteraient pas moins. Au surplus, les termes mêmes des formules usuelles viennent à l'appui de cette interprétation. Souvent ces clauses précisent qu'il ne peut être question ni de « compte », ni de « justification quelconque » ; ces expressions révèlent la pensée, non point de faire une simple faveur de preuve à l'époux débiteur de la contribution, mais d'exclure l'établissement même du compte de contribution aux charges du ménage et de poser ainsi une règle générale que l'un et l'autre époux pourront invoquer (2).

Ainsi, en dehors des cas que nous avons indiqués, cette clause doit, à notre avis, arrêter toute discussion au moment de la dissolution du régime de séparation de biens quand le mari prétend que

(1) Moissinac, pp. 96 et 109.

(2) Plassard, *loc. cit.*, p. 659.

la femme n'a pas fourni la contribution qu'elle devait ou quand cette dernière affirme avoir versé plus que cē dont elle était redevable. L'intention des parties et la simplification des opérations liquidatives suffisent à justifier l'effet énergique et absolu que nous croyons devoir lui attacher. Ce faisant, il n'est pas douteux que les règles du Code civil relatives à la contribution se trouvent réduites à néant dans toute la mesure où les dettes de ménage ont été payées par les époux à l'aide de leurs gains et revenus. Il est certain que nous sommes en présence d'une question complexe du fait que ces opérations se renouvellent journellement et il est difficile de vouloir le faire entrer dans le cadre d'une réglementation juridique très stricte.

B. — *Paiement des dettes de ménage à l'aide de capitaux aliénés par les époux ou saisis par les créanciers.*

Si le mari a dû entamer ses capitaux pour subvenir à des dépenses de ménage, on lui refuse généralement toute action contre son épouse. C'est, en effet, sur lui que pèse la charge de supporter les frais du ménage moyennant une contribution fixe ou variable de sa femme. Il ne peut que lui réclamer sa part contributoire si elle n'a pas encore été versée, sauf l'effet de la clause que nous avons analysée au paragraphe précédent. En conséquence, il n'a aucun recours pour les biens qu'il a dû aliéner pour subvenir à ces charges. Cela résulte de l'économie même du régime de séparation de biens. Comme nous le savons, le mari prend en quelque sorte à l'entreprise l'entretien de la maison. Contre la part de revenus à lui attribuée, il doit assurer le paiement de toutes les dépenses nécessaires à la vie de sa femme et de ses enfants. Il est d'ailleurs indispensable de signaler que cette conception est surtout exacte lorsque la femme verse une contribution forfaitaire, puisque, en présence d'une contribution proportionnelle, chaque époux contribue théoriquement à chaque dette de ménage. Il y a là une influence des idées communautaires sur le régime séparatiste qui vient modifier la conception primitive et, dans une certaine mesure, réclame une étude nouvelle du régime.

Lorsque, au contraire, c'est la femme qui, ayant versé au mari sa part contributoire, a vendu un de ses paraphernaux pour subve-

nir aux dépenses du ménage auxquelles le mari, dans un moment de gêne, ne peut pas suffire ou lorsque les fournisseurs, envers lesquels elle est personnellement engagée pour obtenir plus facilement crédit, ont saisi un de ses biens, elle peut rentrer dans ses débours en exerçant contre son époux une répétition de ce qu'elle a payé. Elle a, en somme, même droit que la femme commune en biens qui a dû, au cours du mariage, aliéner un de ses propres pour subvenir aux dépenses du foyer.

En résumé, il nous apparaît que, pour avoir méconnu l'existence de dettes communes, même sous le régime de séparation de biens, et étant donné les clauses qui ont dû être insérées dans les contrats de mariage pour obvier aux difficultés des règles juridiques en vigueur, on a abouti dans ce domaine à des solutions souvent injustes. Tout revient pour chaque époux à faire en sorte de participer le moins possible aux dettes de ménage, puisqu'il sait qu'on ne pourra exercer de recours contre lui. On a oublié que l'union des personnes entraînait nécessairement une certaine mise en commun des dépenses. Il est temps d'en prendre conscience et de chercher les solutions qui pourront le mieux répondre aux exigences dérivant de l'existence des dettes de ménage. Mais, avant de les envisager, il nous faut porter nos regards sur la situation des époux mariés sous le régime exclusif de communauté ou sous le régime dotal.

§ 3. — *Les époux sont mariés sous le régime exclusif de communauté ou sous le régime dotal*

Sous le régime exclusif de communauté, le mari a la jouissance des biens de son épouse qui, si elle exerce une profession séparée doit en outre contribuer aux charges du mariage en proportion de ses gains et salaires. Si la femme vend, dans un moment difficile pour la trésorerie du ménage, un de ses biens ou que ceux-ci soient saisis, la femme, s'étant engagée personnellement pour obtenir plus de crédit de ses fournisseurs, aura droit à récompense, sa part contributoire ayant été dépassée.

Il faut admettre la même solution sous le régime dotal. Si une femme dotale aliène quelque paraphernal, elle pourra en réclamer la valeur au mari lors de la liquidation du régime. On s'est demandé

s'il en serait de même au cas où, en vertu de l'article 1558, un immeuble dotal serait aliéné avec permission du juge afin de payer les dettes de ménage. On comprend très bien que le législateur ait dérogé à l'inaliénabilité dotale pour le cas où, le mari étant à bout de ressources, il s'agissait d'entretenir le foyer ; dans cette hypothèse, en effet, la femme est obligée de fournir le nécessaire à son mari et à ses enfants (art. 212) et la loi, qui lui impose ce devoir, aurait eu tort de la mettre dans l'impossibilité de l'accomplir, sous prétexte de garantir ses intérêts d'avenir. Est-ce à dire que l'épouse ne pourra pas recourir contre le mari, si ce dernier revient à meilleure fortune ? L'article 541 de la Coutume de Normandie lui accordait ce recours et cette solution est aujourd'hui encore généralement admise (1).

M. Nast, cependant, reprenant une opinion déjà présentée par MM. Jouitou et Huc (2), a soutenu que la femme n'avait aucun recours contre son mari, car, affirme-t-il, dans l'impossibilité où se trouvait ce dernier de subvenir aux dépenses du ménage, la femme était tenue légalement et sans limite, d'y subvenir ; elle n'a donc fait que payer ce qu'elle devait ; on ne peut pas dire qu'elle a payé pour son mari. Cette opinion repose, à notre avis, sur une confusion manifeste : autre chose est de savoir si la femme pourra, à un moment donné, laisser son mari mourir de faim, alors qu'elle possède encore des biens ; autre chose de savoir si elle ne pourra pas, plus tard, se faire indemniser des sacrifices exceptionnels qu'elle aura consentis. Il est entendu que la femme doit aliéner l'immeuble dotal, qu'elle doit se ruiner, s'il le faut, pour faire vivre la famille ; mais, en agissant ainsi, elle dépasse sa part contributoire qui ne doit pas normalement excéder la totalité de ses revenus ; elle fait une avance au mari ; et, par la suite, si ce dernier se trouve en mesure de la lui rembourser, elle a droit à ce remboursement. Au surplus, si le raisonnement que nous critiquons était exact, il aurait la même force, quelque fût le régime adopté. Il s'appliquerait aussi bien au cas où la femme a aliéné pour faire face aux dépenses de ménage, un propre de communauté ou un

(1) Guillonard, *op. cit.*, t. IV, n° 2028. Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, *loc. cit.*, t. III, n° 1720. Chéron, *Thèse précitée*, p. 757.

(2) Nast, *op. cit.*, t. IX, n° 1182. Jouitou, *Le régime dotal*, n° 255. Huc, *op. cit.*, t. IX, n° 472.

paraphernal. « Qu'on suppose, écrit M. Chéron, un ménage marié sous le régime de communauté légale : pour subvenir à des dépenses exceptionnelles et urgentes, telles que des frais de maladie, il a fallu vendre un lopin de terre appartenant à la femme. Mettra-t-on en doute que récompense lui soit due pour avoir acquitté cette dette de communauté. Pourtant, on peut dire qu'elle était légalement obligée d'agir ainsi, les ressources de la communauté et du mari étant insuffisantes, et qu'en payant les honoraires du médecin et la note du pharmacien, elle n'a payé que ce qu'elle devait. »

Dans un arrêt rendu le 26 mai 1899, la Cour d'Aix, confirmant un jugement du tribunal civil de Marseille, a permis à la femme de réclamer le remboursement du capital dotal aliéné, « attendu que l'obligation de subvenir aux besoins de la femme subsistant contre le mari dotal comme charge de la dot, la femme demeure vis-à-vis de son mari créancière du capital aliéné en vue d'acquitter une charge qui incombait à ce dernier ». Le 22 juin 1891, le tribunal civil des Andelys avait également statué dans ce sens. En un mot, le recours de l'épouse est toujours admis lorsqu'elle aliène, pour faire face aux dettes de ménage, un immeuble propre.

Il nous reste à dégager les conclusions qui nous paraissent découler de cette étude du règlement des dettes de ménage dans les rapports des époux entre eux.

Nous pensons pouvoir dire que les règles du Code civil, en la matière, ne répondent pas aux nécessités des faits et aux principes supérieurs de la raison. Aussi ne faut-il pas s'étonner si, sur plusieurs points importants, la Jurisprudence et la pratique ont estimé préférable de s'en écarter.

Nous avons vu, dans le premier chapitre, que la Jurisprudence avait tendance, notamment sous le régime de la séparation de biens, à prononcer la condamnation solidaire de l'épouse aux dettes de ménage. Il ne nous est plus possible de nous en étonner maintenant, puisque nous avons constaté, dans notre second chapitre, que la raison qui légitimait l'irresponsabilité de l'épouse, à savoir le versement de sa part contributoire entre les mains du mari, n'était pas forcément réalisée dans la plupart des cas en raison de la clause spéciale du contrat de mariage qui dispensait les époux de toute reddition de comptes. La Jurisprudence s'est peut-être

aperçue qu'ainsi la femme pouvait échapper totalement à toute charge des dettes de ménage et, en particulier, que les tiers pouvaient ne plus avoir la possibilité, en exerçant seulement leurs poursuites contre le mari, d'atteindre la part contributoire de l'épouse.

Si la Jurisprudence n'a pas respecté le principe de l'obligation du mari seul aux dettes de ménage, c'est qu'en fait le fonctionnement des règles de contribution de l'épouse était entravé par l'absence de toute comptabilité journalière entre époux et supprimé par les clauses des contrats de mariage.

Nous avons pu observer un phénomène semblable dans le domaine des récompenses entre époux. Les rétablissements que commanderait la stricte justice ne sont pas toujours acceptés par la Jurisprudence et une grande partie de la doctrine. C'est ainsi que le paiement des dettes de ménage fait par la femme à l'aide de biens réservés n'entraîne pas, à son profit, l'ouverture de recours contre son mari. Il est certain que s'imposait au législateur la nécessité d'accorder à la femme des prérogatives substantielles sur ses gains et salaires du fait des règles de notre régime de communauté absolument contraires aux idées actuelles relatives au rôle de la femme dans le ménage. Mais par le fait même on séparait ces éléments du patrimoine de l'épouse que sont les gains et les revenus, éléments qui, au point de vue des dettes de ménage, doivent jouer un rôle absolument semblable.

Ainsi, sous ces influences multiples, la charge des dettes de ménage se trouve souvent à la merci des poursuites exercées par les créanciers et leur répartition ne se règle plus d'après un principe directeur correctement appliqué.

A côté de ces contradictions dues pour la plupart à des difficultés, pour ne pas dire des impossibilités d'application des règles juridiques, et parallèlement à elles, tout un travail constructif s'est fait dont il est possible aujourd'hui de dégager les principes directeurs.

L'élément dominant en la matière nous paraît être constitué par l'apparition et la manifestation chaque jour plus nette de cette catégorie spéciale de dettes que sont les dettes de ménage. Le Code Civil les a ignorées. Une refonte des régimes matrimoniaux ne pourra se faire sans que leur régime soit nettement précisé.

Le fonctionnement de la séparation de biens est, en particulier, rendu inapplicable, dans une certaine mesure, du fait de leur

méconnaissance. Toute vie commune dans l'état de nos mœurs et de nos traditions françaises surtout, appelle une certaine association des intérêts pécuniaires et donc une certaine communauté de biens. La vie commune rend communes certaines dépenses. La preuve de cet état de choses apparaît si l'on considère que presque toujours, entre les époux séparés de biens qui vivent effectivement ensemble, s'établit par la force même des choses une certaine communauté de fait, dont la liquidation régulière soulève plus tard pour les notaires des difficultés presque insolubles. Il y a d'ailleurs une législation féministe qui a tenu à proscrire formellement toute communauté de biens et à ériger en principe l'isolement des intérêts entre époux ; c'est la législation soviétique : « Le mariage, disait l'article 105 du premier Code de la famille de la Russie Soviétique, ne crée aucune communauté de biens entre époux. » A l'expérience, l'absolue séparation de biens s'est manifestée tellement contraire aux exigences habituelles de la vie conjugale, que dès 1927 un nouveau Code de la Famille a cru nécessaire d'organiser une sorte de véritable communauté d'acquêts (1).

Les créanciers du ménage, parce qu'ils procurent au foyer la satisfaction de ses besoins vitaux et assurent ainsi la vie même de la famille, doivent avoir sur les biens des époux le gage le plus important possible. Ils doivent donc, le cas échéant, pouvoir recouvrer leurs créances sur tous les biens du ménage, biens communs et biens personnels et cela quel que soit l'époux avec lequel ils ont traité.

Il est cependant un deuxième principe qui doit recevoir son application. Nous en avons tout au long de cette troisième partie indiqué des traces nombreuses. C'est celui qui veut que ce soit normalement les revenus et les gains des époux qui supportent la charge de ces dettes. Ils présentent les mêmes caractères de périodicité que les dettes de ménage et leur but est, au premier chef, de servir à la subsistance de la famille. Il est donc indispensable que dans le régime matrimonial de droit commun de demain soit constitué un

(1) Champ communal, *Le nouveau Code de la Famille Soviétique*, dans le *Bull. de la Soc. de légist. comparée*, avril-juin 1927, p. 265. Le nouvel article 10 dispose, en effet : « L'avoir ayant appartenu aux époux jusqu'au mariage reste leur patrimoine personnel. L'avoir gagné pendant le mariage est le patrimoine commun des conjoints. Le montant de la quotité appartenant à chacun des époux est fixé, en cas de contestation, par le tribunal ».

patrimoine d'affectation formé par la réunion des ressources des deux époux.

Sans vouloir aborder ici le problème de la refonte des régimes matrimoniaux français, étude qui nous conduirait hors de notre sujet, il nous semble cependant utile d'indiquer les traits généraux qui devraient marquer, à notre avis, le régime des dettes de ménage.

Il doit être dominé par deux soucis essentiels : le respect de la justice et, en particulier, le respect des droits de la femme qui ne doit pas être amenée à supporter une part de ces dettes en disproportion avec ses prérogatives d'une part, et de l'autre la protection des créanciers du ménage. En résumé, nous estimons que l'obligation des époux aux charges du ménage doit être la plus large possible, leur contribution la plus équitable que faire se peut en une matière si délicate du fait des innombrables opérations qu'elle enserre.

Les créanciers doivent donc pouvoir exercer leurs poursuites contre tous les biens des époux. Ceux-ci devraient pouvoir être tenus solidairement des dettes de ménage, à moins que le patrimoine matrimonial étant remis aux mains du mari, celui-ci ne soit tenu à titre principal, la femme ne jouant que le rôle d'une sorte de caution.

Chacun des époux doit contribuer aux charges du ménage. La proportion de cette contribution dépend beaucoup des circonstances et les époux doivent être libres de la déterminer à leur guise d'après leur situation respective. A défaut de contrat de mariage, il nous paraît que le régime de droit commun devrait prévoir la contribution par moitié, ce qui éviterait les difficultés de liquidation de la contribution proportionnelle. Il est certain que ce dernier procédé présente aussi l'inconvénient de ne tenir aucun compte de l'activité ménagère de l'épouse. Son importance est cependant primordiale dans la bonne marche du foyer et jamais on ne dira assez l'influence capitale d'une excellente ménagère sur les perspectives d'avenir de la famille.

Un patrimoine spécial composé des revenus et des gains doit avoir la charge définitive de ces dettes. Nous n'avons pas ici à nous pencher sur le problème de son administration. Qu'il nous suffise de dire qu'il est indispensable que la femme puisse l'utiliser directement dans l'exercice de sa mission de maîtresse de maison.

Enfin, en ce qui concerne le problème des récompenses, si les époux sont amenés sur la poursuite des créanciers du ménage à payer à l'aide de leurs capitaux, ils doivent avoir le droit d'exercer une action en récompense contre le patrimoine affecté aux dettes de ménage. Dans le cas exceptionnel où celui-ci n'est pas suffisant pour faire face à toutes les dépenses du ménage, l'époux qui a payé doit avoir le droit d'exercer un recours contre son conjoint dans la mesure où ce dernier est obligé de contribuer aux charges du mariage.

Tels sont les aspects les plus importants de la réforme qui nous semble s'imposer. Mais il est certain que celle-ci ne pourra se faire qu'une fois consacré législativement le pouvoir propre de l'épouse. Tant que cela ne sera pas réalisé, la Jurisprudence sera forcée, nous avons dit plus haut pour quels motifs, de tâtonner et d'adopter des solutions ne cadrant pas avec le principe de représentation. Aussi donnons nous notre adhésion au projet de loi René Renoult de 1932, à condition certes que soient modifiées les règles de notre régime de communauté.

En attendant cette réforme d'ensemble, nous pensons avoir démontré suffisamment que la reconnaissance du pouvoir propre de l'épouse s'impose dans l'état présent de notre droit, parce qu'il est seul capable de répondre à la fois aux mœurs, à l'état social actuel et aux principes de justice et d'équité. Certes, tant que le patrimoine ménager sera détenu par le mari auquel la femme devra verser une contribution, l'obligation de celle-ci aux dettes du ménage ne doit être que subsidiaire, à moins de l'exposer au risque d'avoir à payer deux fois la même dette. La femme doit être une sorte de caution et nous ne pouvons admettre la solution jurisprudentielle qui condamne les deux époux solidairement.

Non seulement et ce sera notre conclusion, la théorie du pouvoir propre s'accorde mieux avec les règles juridiques actuelles, telles qu'elles découlent, en particulier de la loi du 22 septembre 1912, que la fiction de la représentation, mais sa reconnaissance est la condition du progrès même du droit dans tout le domaine des dettes de ménage.

CONCLUSION

Le mariage est l'union de l'homme et de la femme en vue de la procréation des enfants et du développement complet de la personnalité de chacun des époux. C'est la fondation d'une nouvelle cellule familiale qui doit se développer à son maximum en augmentant l'unité de ses éléments sans affaiblir, mais en renforçant également, la valeur des personnes qu'elle assemble. En toute coopération, il faut que les coopérants soient plusieurs, mais que l'œuvre soit une. Combien cette vérité est-elle encore plus essentielle dans la famille. La première condition est requise pour la richesse des moyens : la seconde pour l'efficacité de l'action. Or, la première, dans la famille, plaide l'autonomie morale de chaque personne : la seconde plaide la fermeté du lien qui est l'autorité. Le problème revient donc à émanciper la femme en tant que personne morale, en constituant en même temps l'autorité selon la justice.

Ces deux conditions peuvent paraître difficilement compatibles : elles le sont en effet, mais les difficultés sont là pour être vaincues. On oscille depuis des siècles entre deux pôles : l'asservissement de la femme à la famille, l'autonomie de la femme dans la Cité. Le véritable humanisme de la femme doit se situer à équidistance de ces deux conceptions.

A la recherche et à la mise en œuvre de ce point de rencontre, le droit doit apporter son concours et c'est précisément parce que nous en sommes convaincus que nous avons entrepris cette étude. Notre tâche était modeste, puisqu'elle ne visait qu'un point particulier de l'activité des époux, et l'application de ce principe directeur devrait être faite pour tout ce qui concerne les rapports entre époux et l'ensemble même de la vie de la femme. Nous aurons cependant atteint notre but, si nous sommes parvenus à démontrer

la richesse de cette méthode de recherche dans les sciences juridiques. Qu'il nous soit permis d'en dégager les résultats.

Il nous paraît que, partant de données philosophiques et sociales difficilement contestables dans l'état actuel de notre civilisation, nous sommes arrivés à une organisation des pouvoirs ménagers de l'épouse plus rationnelle et qui permet mieux de regrouper certaines solutions fragmentaires qui, parce qu'elles ne se réfèrent pas à une idée maîtresse, ne semblaient pas toujours très juridiques.

Que la théorie du pouvoir propre donne pleine satisfaction à la conception de la femme, personne humaine, à l'opposé de la théorie du mandat tacite, cela ne nous paraît pas pouvoir être mis en doute. Puisqu'il est certain que la femme a une naturelle et universelle capacité pour la direction des choses domestiques, il faut que ce rôle lui appartienne de plein droit et d'une manière constante ; il ne peut s'agir pour elle d'une prérogative incertaine et d'étendue indécise à la merci de la volonté arbitraire et variable du mari. La loi du 22 septembre 1942 a donc eu raison d'inscrire dans le Code le principe et la portée de l'activité domestique de l'épouse. Peut-être peut-on regretter seulement que ses rédacteurs aient conçu cette activité de la femme mariée comme résultant de la volonté présumée de son mari. Certes ce pouvoir ménager n'a pas pour cela une étendue uniforme, en ce sens qu'il varie au gré des usages locaux et de la situation particulière de chaque ménage. Mais c'est là la condition même de sa bonne adaption aux contingences de la vie sociale. L'important est qu'il découle directement du mariage dont il est l'un des effets proclamé par le législateur.

La reconnaissance de l'indépendance de l'épouse doit aller plus loin que le pouvoir de représentation. Celui-ci ne peut lui donner qu'une situation de simple déléguée de son mari sans initiative, ni responsabilité. Les capacités domestiques de l'épouse lui donnent droit à un pouvoir personnel. Aussi souhaitons-nous que le législateur vienne proclamer le pouvoir propre de l'épouse.

Partant du principe fondamental de la division des fonctions entre les deux membres de la société conjugale, on aboutit à donner à l'épouse, dans sa sphère domestique, même qualité et mêmes droits que ceux que possède le mari dans la gestion ordinaire des intérêts communs. Ce faisant, nous n'allons, ce nous semble, contre aucune règle juridique actuelle et, bien au contraire, nous

accentuons simplement une évolution indéniable. Le seul obstacle à la connaissance de ce pouvoir propre réside aujourd'hui dans la présence de l'article 220, alors qu'antérieurement elle se heurtait à deux principes essentiels du droit matrimonial, l'incapacité de la femme et, sous le régime de communauté, la direction par le mari seul des affaires conjugales. Peut-être est-il permis de penser que, sans l'article 220, la Jurisprudence aurait adopté aujourd'hui ce pouvoir propre de l'épouse.

La femme, avec une intelligence plus solide et mieux pourvue, avec un sens plus aigu de ses responsabilités personnelles, sera plus parfaitement l'épouse et la mère. Plus forte à la maison, elle rendra l'homme plus fort dans la Cité. Loin que sa qualité d'épouse tue l'amour, elle le rendra plus spirituel et plus parfait. Loin que son indépendance brise les liens nécessaires de la société, elle les lui fera accepter par cet acte de soumission volontaire et réfléchi qui fait la plus haute dignité d'un être libre ; en un mot, elle ne désertera pas sa vocation, elle l'accomplira d'une façon plus éminente.

Parallèlement à cette reconnaissance de la personnalité de l'épouse, le pouvoir propre de cette dernière, loin de heurter les intérêts de la famille, vient s'harmoniser avec eux, en faisant mieux comprendre au mari la raison d'être et la portée de son autorité de chef. Il est le responsable des intérêts supérieurs de la famille et ses décisions ne peuvent être dictées que par la considération de ceux-ci, sauf à risquer d'être soumises au tribunal. La dignité de l'épouse demeure entièrement sauvegardée, puisqu'elle possède un droit de recours contre les décisions de son mari qui lui paraîtraient abusives. Il ne nous semble pas en effet souhaitable de donner continuellement au tribunal l'occasion de s'immiscer dans les affaires familiales. La famille doit pouvoir trouver en elle-même tous les éléments nécessaires à sa vie et à son organisation. Ce faisant, nous gardons à la femme toute sa richesse de personne, l'autocratie et l'arbitraire de l'homme se trouve écartés. Mais pour que cette richesse soit réelle, complète, parce qu'isolée la femme ne peut aller qu'au néant, elle doit entrer librement dans les cadres d'action que lui a préparés la nature. On ne peut plaider le droit de la femme, son bonheur, sans s'occuper du bien auquel elle collabore et dans lequel elle trouve le sien. Au-dessus des intérêts particuliers de chaque époux, il existe un intérêt commun. La subordination qui,

de ce fait, est imposée à la femme, est toute relative. Elle n'exige aucun renoncement à sa personnalité véritable. Elle ne représente aucune mise en tutelle. Elle correspond à l'attitude que doit tout naturellement suggérer le souci de la vie normale du foyer.

Enfin, le pouvoir propre de l'épouse, en matière ménagère, permet de tenir compte de l'intérêt des tiers, sans pour cela faire supporter à la femme des responsabilités exagérées par rapport à ses droits. La femme engage directement les biens matrimoniaux, ainsi que le mari tenu de procurer la subsistance commune. Certes, elle se trouve engagée en même temps personnellement, puisqu'elle contracte comme associée, et les créanciers du ménage peuvent la poursuivre sur ses biens personnels. Mais, tant que la réforme des régimes matrimoniaux ne sera pas chose accomplie, nous pensons que cette responsabilité ne peut être que subsidiaire. L'article 214, tel qu'il se trouve rédigé depuis la loi du 22 septembre 1942, cadre parfaitement avec ces résultats du pouvoir propre. La femme peut d'ailleurs toujours s'engager personnellement à titre principal, si elle le désire, pour accroître le crédit du ménage. Un judicieux régime de récompenses et de recours entre époux, fondé sur la notion d'enrichissement sans cause, doit permettre de rétablir la répartition définitive des dettes de ménage. De cette manière, non seulement les créanciers du ménage ont à leur disposition le gage qui correspond à l'importance de leurs créances, mais on parvient à réaliser, dans cette sphère modeste mais essentielle de l'activité domestique, ce qui, selon nous, doit être la formule générale des légitimes aspirations de la femme moderne : une pleine possession de ses droits engendrant une entière responsabilité de ses actes. Il est, tout de même, paradoxal que, pour avoir voulu protéger la femme contre certains risques pécuniaires, on ait abouti finalement à la couvrir de charges, sans pour cela lui reconnaître les droits correspondants.

L'ensemble de ces propositions doit nous permettre de porter un jugement d'ensemble sur l'œuvre accomplie par la Jurisprudence du ^{xx}e siècle en cette matière. Il est certain que les juges se sont tenus à l'étroit dans les cadres du prétendu mandat tacite qu'ils ont conçu, en réalité, comme un mandat légal dont l'existence est nécessairement liée à celle de l'obligation d'entretien du mari. Dans

les conflits entre les époux et les tiers, créanciers du ménage, les tribunaux se sont montrés soucieux uniquement de protéger les intérêts des fournisseurs en leur accordant, le plus souvent possible, les paiements qu'ils réclamaient. Aucune idée neuve ou hardie ne s'est fait jour, par contre, en ce qui concerne le rôle de la femme et l'autorité du mari a été souvent battue en brèche par la difficulté devant laquelle celui-ci se trouvait de pouvoir faire respecter les décisions qu'il prenait.

On saisit ainsi tout ce qu'il y a d'insuffisant dans la thèse de l'école historique, affirmant la supériorité du droit coutumier, spontanément jailli de l'âme nationale et capable de s'adapter à la diversité des besoins, à la variété des circonstances, sur l'œuvre législative, trop lente et trop brusque à la fois au dire de ses partisans (1). Ce serait exact d'une part si la pratique avait le souci de s'adapter toujours aux chargements de la vie sociale, de maintenir l'harmonie entre le fait et le droit, d'autre part si elle ne venait se heurter à des cadres juridiques qui n'est pas en son pouvoir de vaincre. Dans notre matière, la pratique n'a pas subi l'influence des tendances contemporaines ou, si parfois elle s'y est trouvée conforme, ce fut par l'effet d'un simple hasard. Loin d'agir sous la pression des circonstances extérieures, de chercher à supprimer le désaccord entre le fait et le droit, elle a obéi à des mobiles particuliers et principalement à des nécessités de fonctionnement. Par suite, suivant les cas, il a pu arriver qu'elle ait reproché les dispositions légales de nos aspirations, mais il a pu tout aussi bien se faire qu'elle les ait éloignées.

Dans ces conditions, l'intervention du législateur était depuis longtemps indispensable. Il lui était loisible de tenir compte des modifications sociales accomplies et, entièrement libre de ces décisions, il pouvait, plus que l'homme de loi ou le magistrat, édicter des dispositions qui répondent fidèlement aux idées et aux sentiments de la société. Cette intervention s'est enfin produite en 1942 et nous n'en méconnaissons pas les avantages et son mérite d'avoir proclamé la prérogative ménagère de l'épouse. Nous nous permettons cependant de regretter son œuvre limitée. Le législateur a semblé avoir eu peur d'adopter des réformes vraiment nouvelles ; ce

(1) Savigny, *System des roemischen Rechts*, tome I, p. 14.

faisant, au lieu de faire avancer ce droit, peut-être en a-t-il freiné le progrès en cristallisant celui-ci à un moment de son évolution déjà dépassé. Il est grave d'aboutir à la conclusion que nous avons dégagée au cours de cette étude, à savoir que le Code adopte aujourd'hui le pouvoir de représentation, alors que les idées sociales et l'évolution générale du droit commandent la reconnaissance du pouvoir propre, un peu comme la Jurisprudence continuait de parler de la théorie du mandat tacite, alors qu'elle empruntait la plupart de ses solutions à la thèse du pouvoir de représentation. Peut-être un tel résultat est-il dû à une étude insuffisante du problème, peut-être aussi à une référence par trop grande à la législation germanique, sans prendre soin d'en adapter les enseignements à notre droit propre. Il est temps, en toutes hypothèses, si nous voulons que notre droit continue à rayonner à travers le monde, à l'avant-garde des législations, d'utiliser de nouveaux procédés. Ce qui est vrai pour l'ensemble des régimes matrimoniaux l'est, en particulier, dans le domaine des pouvoirs ménagers de l'épouse. Le législateur, après avoir bien étudié les termes du problème, ne doit pas hésiter à marcher de l'avant.

Il est utile, nous semble-t-il, de se reporter aux enseignements si judicieux de GénY (1). Ses remarques nous paraissent s'adapter parfaitement à notre matière. GénY constatait que l'on était amené parfois à adopter trop hâtivement une représentation des choses qui, au contact de l'expérience, devrait céder devant une représentation plus pleine et plus parfaite. « Pareille évolution, écrivait-il, démontre au mieux le caractère artificiel de la construction juridique et comment elle doit s'infléchir, au besoin même disparaître, sous la pression des besoins pratiques qui seuls en commandent le jeu. » Le grand danger est que l'on préfère conserver l'explication ancienne et que l'on retarde ainsi un progrès du droit.

Toutes ces réflexions nous semblent particulièrement justes dans la matière des pouvoirs ménagers de la femme mariée. En proposant de reconnaître à la femme une sphère d'activité propre correspondant à sa personnalité, nous voulons seulement traduire, en termes juridiques, ce que nous tenons pour une réalité morale et

(1) GénY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, p. 250.

sociale de l'heure actuelle. « Il faut sortir du domaine de la simple représentation imaginative pour entrer dans celui de l'expression intellectuelle de la vérité des choses », dit encore Gény, qui continue : « La réalisation idéale du droit tend à l'extrême réduction et jusqu'à l'effacement des constructions pures de l'esprit. » La théorie du mandat tacite a pu présenter une immense utilité durant un certain temps, tant que le contact entre le droit et la vie ne pouvait s'opérer que par son intermédiaire. Aujourd'hui, nous ne la croyons plus utile parce que, avec le progrès de la pensée juridique, l'activité propre et indépendante de l'épouse répond le mieux aux réalités sociales et cadre parfaitement avec l'ensemble des règles techniques. Nous aurons atteint notre but, si nous avons réussi à montrer les richesses de telles réflexions.

En définitive, nous souhaitons que rapidement le législateur vienne reconnaître le pouvoir propre de l'épouse.

Mais sa tâche ne devra pas se borner à cette réforme. Si nous avons cru bon d'attirer l'attention sur ce point particulier, les principes qui nous ont guidé doivent servir dans d'autres directions. La France veut présenter au monde un humanisme complet. L'œuvre de reconstruction est immense dans le domaine du droit. Qu'il nous soit permis d'indiquer deux domaines dans lesquels l'emploi de la méthode que nous avons cru devoir suivre pourrait porter des fruits. Ils ne sont que l'extension du problème des pouvoirs ménagers, puisque l'organisation de ceux-ci vient s'encadrer d'une part dans l'ensemble de la réglementation des régimes matrimoniaux et d'autre part dans l'organisation de la famille. La réforme des régimes matrimoniaux est urgente, elle est capitale. Or, il ne faut pas oublier que le régime matrimonial a un caractère institutionnel, qu'il représente la mise en application d'idées d'œuvres. Par son intermédiaire, le législateur pourra exercer une immense influence sur la conception d'un grand nombre quant à la famille. Celle-ci se trouve être le fondement de la communauté française, la pierre, à partir de laquelle il est possible de bâtir solidement. Son organisation doit aussi retenir l'attention du législateur, car il ne suffit pas que notre France soit un pays de ménages, il faut aussi qu'elle donne au monde l'image d'une grande famille, de familles.

Par leur importance propre, par les prolongements qu'ils ouvrent, les pouvoirs ménagers de l'épouse témoignent dans le domaine du

droit de la place qui est reconnue dans la société à la femme. Parce que leur organisation ne pose pas seulement un problème de technique juridique, mais parce qu'elle réclame une étude des conditions sociales et de mœurs et parce que le problème de la femme dans la société est une question vitale pour la civilisation que la France présentera au monde, nous ne regrettons pas de leur avoir consacré cette étude.

Vu :

Le Professeur, Président de la Thèse,

H. LEMONNIER.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,

H. LEMONNIER.

Vu et permis d'imprimer :

Caen, le 31 janvier 1946.

Le Recteur,

R. MAZET.

BIBLIOGRAPHIE

I. — ANCIEN DROIT

D'ARGENTRÉ. — *Commentarii in patrias Britonum leges*, 5^e édit., art. 424.

BEAUMANOIR. — *Coutumes du Beauvaisis*.

BOUCHIER. — *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, chap. XIX, n^o 93.

CHALLINE. — *Méthode générale pour l'intelligence des coutumes de France*, 14^e règle, 1^{re} partie.

DUMOULIN. — *Commentarii in consuetudines parisienses* (Molinœi omnia quæ exstant opera). T. I, Paris, 1681.

FERRIÈRE. — *Corps et compilation de tous les commentaires anciens et modernes sur la coutume de Paris*, 2^e édit., titre X, art. 223.

GUYOT. — *Répertoire*, v^o *Autorisation*, section VII, n^o 7.

LEBRUN. — *Traité de la communauté*, livre II, chap. II, section II.

Ch. LEFEBVRE. — *Cours de doctorat sur l'histoire du droit matrimonial français*; t. III, *Le droit des gens mariés*, Paris, 1908.

LE MAIRE. — *Origine de la communauté de biens entre époux, dans le droit coutumier français*. Thèse Paris, 1929.

MASSE. — *Du caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques*. Thèse Paris, 1902.

Olivier MARTIN. — *Histoire de la coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris*, t. II, fasc. 1, p. 258 et s.

POTHIER. — *Traité de la communauté*, n^o 574.

VALIN. — *Nouveau commentaire sur la coutume de la Rochelle et du pays d'Aunis*, tome I, art. 23.

II. — DROIT MODERNE

A. — Ouvrages généraux

AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 5^e édit., T. VII et VIII, n^o 509, revu par M. Martin.

BAUDRY-LACANTINERIE, LECOURTOIS et SURVILLE. — *Traité du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux*, 3^e édit., supplément par M. Bonnecase, t. XVI.

CH. BEUDANT. — *Cours de droit civil français*, 2^e édit., t. X, avec la collaboration de M. Lenoan.

COLIN, CAPITANT et JULLIOT DE LA MORANDIÈRE. — *Cours élémentaire de droit civil français*, 8^e édit., t. III, p. 144 et s.

DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon*, 4^e édit., t. IV, n^o 169.

GENY. — *Science et technique en droit privé*, 1921, t. III, p. 250 et s.

Essai critique sur la méthode d'interprétation juridique, 2 vol., 2^e édit. 1919.

GUILLOUARD. — *Traité du contrat de mariage*, 3^e édit., t. II, en particulier, n^o 864, p. 241.

HUC. — *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, t. IX.

JOSSE RAND. — *Cours de droit civil français*, 2^e édit.

LAURENT. — *Principes de droit civil français*, 3^e édit., t. XXII, n^o 105 et s.

MARCADE. — *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 8^e édit., t. V, art. 1420.

MERLIN. — *Répertoire*, t. II, v^o *Autorisation maritale*.

PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de droit civil*, t. II, par M. Rouast, n^o 389 et s., t. VIII et IX, par M. Nast.

PLANIOL et RIPERT. — Avec le concours de M. Boulanger. *Traité élémentaire de droit civil*, 2^e édit., t. I et III.

RODIÈRE et PONT. — *Traité du contrat de mariage*, 2^e édit., t. II, n^o 792.

TOULLIER. — *Traité de droit civil*, 5^e édit., t. XII, n^{os} 270 et suiv.

B. — *Ouvrages spéciaux*

AFTALION. — *La femme mariée*, 1899.

ANCEL. — *Traité de la capacité civile de la femme mariée d'après la loi du 18 février 1938*. Paris, 1938.

Les droits et les devoirs des époux selon la loi du 22 septembre 1942, Sirey, 1943.

AYNES. — *La loi du 18 février 1938 sur la capacité civile de la femme mariée*, Thèse Paris, 1939.

BASSET. — *Le rôle de la femme mariée dans la gestion pécuniaire de l'association conjugale*, Thèse Paris, 1896.

BINET. — *La femme dans le ménage*, Thèse Nancy, 1904.

BONNECASE. — *Mariage et régimes matrimoniaux*. Arthur Rousseau, 1938.

BRUNEL. — *La femme mariée et les charges du ménage*, Thèse Montpellier, 1910.

CARBONNIER. — *Le régime matrimonial, sa nature juridique, sous le rapport des notions de société et d'association*, Thèse Bordeaux, 1932.

J. CERÉZ. — *La condition sociale de la femme de 1804 à l'heure présente*, Thèse Bordeaux, 1904.

CHALVEAU. — *Le statut de la femme mariée depuis les lois des 22 septembre 1942 et 1^{er} février 1943*.

CHÉRON. — *Etude sur l'adage « Uxor non est proprie socia, sed speratur fore »*, Thèse Paris, 1907.

J.-J. CHEVALIER. — *L'autorité maritale depuis les lois des 18 février 1938 et 22 septembre 1942*, Thèse Poitiers, 1943.

DAVIAUX. — *La femme et les contrats qu'elle passe pour les besoins du ménage*, Thèse Paris, 1908.

GARTENBERG RICA. — *Le fondement légal du mandat domestique de la femme mariée*, Thèse Paris, 1935.

GIDE. — *Etude sur la condition privée de la femme*.

GINESTOUS. — *Les articles 212, 213 et 214 du Code Civil. Examen critique de doctrine et de Jurisprudence*, Thèse Bordeaux, 1935.

- GIRAUD. — *De la contribution des époux aux charges du ménage*, Thèse Paris, 1911.
- GRINBERG et SIMON (M^{lles}). — *Les droits nouveaux de la femme mariée*. 1938.
- HOFFSTETER. — *De la contribution et de l'obligation des époux aux charges du ménage*, Thèse Strasbourg, 1941.
- ISORÉ. — *La guerre et la condition privée de la femme*. Thèse Paris, 1919.
- JARY. — *Lès dettes de ménage*, Thèse Grenoble, 1939.
- X. KHOKHONGHKA'. — *Le mandat domestique de la femme mariée dans l'état actuel du droit français*. Thèse Montpellier, 1933.
- LECOMTE. — *Le mandat tacite de la femme mariée. Introduction. Etude du fondement et du contenu*. Paris, 1937.
- LEFRANÇOIS. — *Les dettes de ménage*, Thèse Nancy, 1939.
- MADRAY. — *De la représentation en droit privé*, Thèse Bordeaux, 1931.
- MEYER. — *Le régime matrimonial de droit commun et les tendances contemporaines*, Thèse Dijon, 1934.
- MOUREAUX Robert et Jean DUPUY. — *Les conflits conjugaux devant la justice*, Paris, 1943.
- NANCEL-PINARD. — *L'évolution de la Jurisprudence relativement à la femme depuis 1804*.
- PETTRE. — *Etudes sur les données du mandat tacite appliqué aux femmes mariées*, Thèse Paris, 1907.
- PLANCHARD. — *Du remplacement par la femme du chef de famille mobilisé*, Thèse Dijon, 1918.
- SAVATIER. — *Le droit, l'amour et la liberté*, 1937.
- SCHILL. — *Les droits de la femme française dans le ménage*. Presses Universitaires, 1930.
- TUMERELLE. — *Les dettes contractées dans l'intérêt du ménage sous les régimes de communauté (droit français et droit belge comparé)*; Thèse Paris, 1935.
- VIALLETON. — *L'autorité maritale*, Thèse Limoges, 1912.

VOIRAND. — *La valeur pratique des différents régimes matrimoniaux en droit positif français*, Thèse Nancy, 1935.

VOUCHOUD. — *L'application de la loi du 19 février 1938 sur la capacité civile de la femme mariée*, Thèse Paris, 1941.

Ouvrages traitant de la séparation de fait entre époux

BATAILLE. — *Le mandat domestique hors mariage*, Thèse Caen, 1923.

CATTIN BENOIST. — *Effets juridiques de l'union libre*, Thèse Grenoble, 1922.

CHOQUET. — *La séparation de fait entre époux*, Thèse Paris, 1907.

DAURIAC. — *L'influence de la séparation de fait sur la condition juridique de la femme*, Thèse Paris, 1924.

DENOIX DE SAINT MARC. — *Le concubinage. Sa notion. Ses effets*, Thèse Bordeaux, 1927.

ECAL. — *La séparation de fait entre époux*, Thèse Grenoble, 1939.

GIROD. — *Dés effets de la séparation de fait entre époux*, Thèse Nancy, 1908.

HOUSSEAU. — *De la séparation de fait entre époux*, Thèse Toulouse, 1914.

PELLET. — *La femme séparée de fait et les tiers*, Thèse Lyon, 1928.

RICHARDOT. — *Les pactes de séparation amiable entre époux*, Thèse Dijon, 1930.

Ouvrages traitant de la loi du 13 juillet 1907

BOUCHER. — *Etude critique de la législation relative aux biens réservés et à la contribution des époux aux charges du ménage*, Thèse Paris, 1925.

COLIN et LEGRAND. — *Des produits du travail dans le mariage*, 1910.

GASTALDI. — *Le libre salaire de la femme mariée et la contribution des époux aux charges du ménage*. Thèse Paris, 1908.

GUYON. — *La femme mariée commerçante sous le régime de la loi du 13 juillet 1907*, Thèse Paris, 1910.

GUYOT. — *L'activité économique de la femme mariée et ses conséquences juridiques*, Thèse Dijon, 1910.

MARGAT. — *La femme mariée commerçante et le régime du libre salaire*, 1910.

MORIDE. — *Des modifications apportées par la loi du 13 juillet 1907 au régime de la communauté légale*, Thèse Paris, 1908.

MORIN. — *Les droits de la femme mariée sur les produits de son travail (étude de la législation comparée)*, Thèse Caen, 1908.

VEAUX. — *Le libre salaire de la femme mariée et la contribution des époux aux charges du ménage*, Thèse Rennes, 1925.

Ouvrages traitant de la théorie de l'apparence

GIRAUD. — *L'apparence, source de responsabilité*, Thèse Caen, 1937.

JONESCO. — *Les effets juridiques de l'apparence en droit privé*, Thèse Strasbourg, 1927.

LAURENT. — *L'apparence dans le problème des qualifications juridiques*, Thèse Caen, 1931.

Ouvrages traitant du régime de la séparation de biens et de ses conséquences sur les dettes de ménage

BENOIST. — *L'action commune des époux sous le régime de la séparation de biens contractuelle*, Thèse Paris, 1909.

BEURIOT. — *Des difficultés de liquidation inhérentes à la séparation de biens contractuelle*, Thèse Paris, 1938.

BLANC. — *Pouvoirs et capacité de la femme mariée séparée de biens*, Thèse Toulouse, 1937.

FLEURANCE. — *De l'administration des biens de la femme par le mari sous les régimes séparatistes*, Thèse Paris, 1937.

MOISSINAC. — *Essai sur la séparation de biens contractuelle. Etude critique de la pratique notariale d'après la doctrine et la Jurisprudence*, Thèse Paris, 1920.

PLASSARD. — *Des clauses relatives à la contribution aux charges du ménage sous le régime de la séparation de biens, dans les Etudes à la mémoire d'H. Capitant*, 1939.

TEULE. — *L'œuvre de la Jurisprudence en matière de régime de séparation de biens*, Thèse Bordeaux, 1938.

VASSART. — *Valeur pratique du régime de séparation de biens contractuelle*, Thèse Paris, 1923.

Ouvrages traitant des théories complémentaires du mandat tacite

ALMOSNINO. — *L'enrichissement sans cause et son caractère subsidiaire*, Thèse Paris, 1931.

DUBEX. — *De la voie oblique*, Thèse Dijon, 1936.

LEGAL. — *De la négligence et de l'imprudence*, Thèse Paris, 1922.

MARIUTTE. — *Notion juridique de la gestion d'affaires*, Thèse Caen, 1930.

SAVATIER. — *Des effets et de la sanction du devoir moral*, Thèse Poitiers, 1916.

Ouvrages de droit comparé

BERTHEAU. — *De la capacité de la femme anglaise*, Thèse Paris, 1902.

INSTITUT DE DROIT COMPARÉ de l'Université de Paris. — *La condition de la femme dans la société contemporaine*, publié sous la direction de M. Ancel Sirey, 1938.

LA GORGE. — *Le régime des biens de la femme mariée en droit anglais et en droit français comparé*, Thèse Lille, 1934.

LYON-CAEN. — *La femme mariée allemande*, 1903.

NILLUS. — *Capacité et pouvoirs de la femme en Allemagne et en France*, Thèse Paris, 1937.

C. — Articles de revue

CAPITANT. — *L'abolition de la capacité de la femme mariée*, D. H. 1932, Chr., p. 37.

- CHERON. — *La contribution aux charges du ménage et la loi du 13 Juillet 1907*, Rev. trim, de droit civil ; 1909, p. 747.
- CHOTEAU. — *Nature et sanction de l'opposition du mari à l'exercice d'une profession par la femme*. D. 1945, Ch. IX, p. 41.
- ESMEIN. — *Commentaire de la loi du 18 février 1938*, Semaine Juridique du 30 mars 1938, p. 55.
Commentaire de la loi du 18 février 1938, Gaz. Pal. du 7 mars 1938 et 1938 I. 39.
Commentaire de la loi du 22 septembre 1942, Gaz. Pal. 27 novembre, 3, 7, 10 et 14 décembre 1942.
Le compte en banque de la femme mariée, Gaz. Pal., 14 avril 1943.
- FREJAVILLE. — *Le compte en banque de la femme mariée, dit compte de ménage*. — J.C. P. 1943, I. 364.
Observation sur l'article 1419 du Code civil. J.C.P. La semaine Juridique du 2 décembre 1945. Doctrine n° 481.
- GEVERS. — *Des droits et des devoirs respectifs des époux. Etude comparative des modifications apportées au Code civil par la loi belge du 20 juillet 1932 et la loi française du 13 juillet 1907*. Rev. Crit. 1934, p. 46.
- ISORE. — *De la situation de la femme en cas de non-présence du mari*, Rev. Gén. du Droit, 1919, p. 929.
Recherche d'un régime matrimonial de droit commun conforme aux besoins modernes, Rev. Générale du Droit, 1919 et 1920.
- JOSSERAND. — *De l'avènement du concubinat*, D. H. 1932, Chr., p. 45.
- DE JUGLART Michel. — *Les pouvoirs de la femme commune en biens depuis la loi du 22 septembre 1942*, Sem. Jur. du 31 janvier 1943.
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE. — *La loi du 22 septembre 1942*, Sem. Jur. du 31 janvier 1943.
- LAGARDE. — *Commentaire de Jurisprudence*, Rev. Trim. 1935, p. 132.

- LALOU. — *Le mariage apparent*, Dalloz, Gazette, 15 juillet 1923, p. 101.
- LOUBERS. — *De l'obligation du mari vis-à-vis des tiers qui ont traité avec la femme séparée de fait*, Rev. Générale du Droit, 1910, p. 5.
- MAGUET. — *Observations sur la loi du 22 septembre 1942*, journal Not. 20 novembre 1942.
- MAZEAU H. — *La maxime « Error communis facit jus »*, Rev. Trim. 1924, p. 929.
- NAST. — *Commentaire de la loi du 18 février 1938*, D.P. 1939, 41.
- MOLINIER. — *La loi du 22 septembre 1942*, Gaz. Pal. du 13 novembre 1942.
- PERREAU. — *Examen doctrinal*, Revue Critique de législ. et de Jurisp., Paris, 1903, p. 222.
- PICART. — *La gestion d'affaires dans la Jurisprudence contemporaine*, Rev. Trim. de Droit civil, 1921 et 1922.
- PICHON. — *Du libre salaire de la femme mariée et de la contribution des époux aux charges du ménage*, Rev. Critique, 1908.
- RIPERT ET TEISSEIRE. — *Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit français*, Rev. Trim. de Droit civil, 1908.
- ROUAST. — *L'enrichissement sans cause et la Jurisprudence civile*, Rev. Trim. de Droit civil, 1922.
- SAVATIER. — *Les conventions de séparation amiable entre époux*, Rev. Trim. de Droit civil, 1931, p. 535 et s.
- *L'action des créanciers pour dettes de ménage contre les époux séparés de biens*, D.H. 1935, Chr. p. 25.
- *L'évolution du régime de séparation de biens*, Revue Critique, 1937, pp. 48 à 68.
- *Traité de la responsabilité*, 1939.
- *Commentaire de la loi du 18 février 1938*, Les Lois nouvelles, 1938, I, p. 50 et s.
- *Commentaire du Projet de loi René Renoult*, Revue Critique, 1936, I, p. 206 et s.

- SOCIÉTÉ D'ETUDES LÉGISLATIVES. — *Rapports et Communications de MM. Boistel, Geny, Guillouard, Morizot-Thibault, Saleilles et Tissier.* — Bulletin de la Société, Paris, 1902.
- SOLUS. — *De la condition des revenus dotaux*, Rev. trim. de Droit civil, 1920.
- *Mari et femme selon la loi du 22 septembre 1942*. Rev. Trim. de Droit civil, 1943, p. 81.
- THOMAS LÉONCE. — *Etude de la loi du 13 juillet 1907*, Revue Générale de Droit, 1911.
- VALEY. — *La femme commerçante et la loi de 1907*. Annales de Droit commercial, 1907.
- DÉ VANARD. — *Les comptes de chèques de la femme mariée*, Rev. Gén. prat. Not. art. 26.125.
- VOIRIN. — *Notes parlementaires*, Rev. Trim. de Droit civil, 1932 à 1938.
-

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

Importance de la mission ménagère de l'épouse.....	1
Méconnaissance par les rédacteurs du Code civil.....	5
Attitude de la Jurisprudence	7
Influence des lois de 1938 et de 1942	8
Méthode suivie	11
Indication du plan	14

PREMIERE PARTIE

Les droits de la femme personne humaine dans le ménage..	21
--	----

CHAPITRE PREMIER

FONDEMENT DES POUVOIRS MENAGERS DE LA FEMME MARIÉE	25
SECTION I. — LES POUVOIRS MÉNAGERS DE LA FEMME MARIÉE DANS LE DROIT COUTUMIER DU XIII ^e SIÈCLE	30
SECTION II. — LA THÉORIE DU MANDAT TACITE	34
§ 1. — <i>Dans l'Ancien Droit</i>	34
§ 2. — <i>Après 1804</i>	38
A. — La théorie du mandat tacite répondait à cer- taines nécessités de fait	39
B. — La théorie du mandat tacite n'était pas con- tenue dans la lettre ou dans l'esprit du Code. Elle était seulement juridiquement admissible	42
C. — La théorie du mandat tacite n'était pas suffi- sante pour répondre à toutes les nécessités des faits et aux exigences des mœurs	53

SECTION III. — LA THÉORIE DU POUVOIR LÉGAL DE REPRÉSEN-	
TATION	63
§ 1. — <i>La Schlüsselgewalt du droit allemand</i>	64
§ 2. — <i>Le pouvoir de représentation en droit français</i> .	67
A. — La Jurisprudence, tout en proclamant le prin-	
cipe du mandat tacite, adopte les solutions	
découlant d'un pouvoir de représentation.	68
B. — Le pouvoir de représentation et sa reconnais-	
sance par le législateur	70
C. — Le pouvoir de représentation constitue-t-il	
un fondement acceptable des pouvoirs	
ménagers ?	75
SECTION IV. — LA THÉORIE DU POUVOIR PROPRE ET DIRECT.	77
§ 1. — <i>La Schlüsselgewalt du droit suisse</i>	78
§ 2. — <i>Le pouvoir propre en droit français</i>	82
A. — Thèse des auteurs qui défendent le pouvoir	
propre indépendamment de toute interven-	
tion législative	83
B. — Thèse des auteurs qui estiment que le liquida-	
teur est intervenu pour consacrer le pou-	
voir propre de l'épouse	87
C. — La théorie du pouvoir propre et la pensée	
juridique moderne	90

CHAPITRE SECOND

CONDITION D'EXISTENCE DES POUVOIRS MENAGERS	
DE LA FEMME MARIÉE	95
SECTION I. — LE MARIAGE EST UNE CONDITION NÉCESSAIRE.	
— LE CONCUBINAGE	96
§ 1. — <i>Absence de mandat domestique entre les</i>	
<i>concubin</i>	97
§ 2. — <i>Fondement de la responsabilité du concubin</i> .	100
SECTION II. — LE MARIAGE EST LA CONDITION SUFFISANTE..	104
§ 1. — <i>Les pouvoirs ménagers sont attribués à</i>	
<i>l'épouse quel que soit le régime matrimonial</i>	
<i>adopté</i>	104

§ 2. — <i>Les pouvoirs ménagers ne sont pas fonction d'une communauté d'existence entre les époux. Le problème des séparations entre époux.</i>	111
A. — La séparation est due à la faute du mari....	116
B. — La séparation est le résultat d'une convention amiable entre les époux	117
C. — La séparation est due à la femme qui a quitté le domicile conjugal	124
D. — La séparation est la conséquence d'une instance en divorce ou en séparation de corps.	126

CHAPITRE TROISIÈME

DE L'OBJET DES POUVOIRS MENAGERS DE LA FEMME MARIÉE	130
---	-----

SECTION I. — DE L'ŒUVRE JURISPRUDENTIELLE DANS LA DÉTERMINATION DE L'OBJET DES POUVOIRS MÉNAGERS....	133
--	-----

§ 1. — <i>Critérium général dégagé par la Jurisprudence</i>	135
---	-----

§ 2. — <i>Mise en œuvre du critérium général</i>	136
--	-----

A. — Activités de l'épouse dans l'exercice de ses pouvoirs ménagers	136
---	-----

B. — Procédés juridiques que la femme peut employer dans sa mission ménagère	141
--	-----

SECTION II. — LES SOLUTIONS ADOPTÉES PAR LE LÉGISLATEUR	154
---	-----

SECTION III. — EXAMEN CRITIQUE ET ESSAI DE SYSTÉMATISATION	164
--	-----

SECONDE PARTIE

Les droits de la femme et l'autorité du chef de famille.	171
---	-----

CHAPITRE PREMIER

LE CHEF DE FAMILLE EN DROIT FRANÇAIS	179
--	-----

SECTION I. — LA NOTION DE CHEF DE FAMILLE	182
---	-----

SECTION II. — DE L'EXERCICE PAR LE MARI DE SA FONCTION DE CHEF DE FAMILLE	186
---	-----

§ 1. — <i>Le choix par le mari de la résidence de la famille</i>	187
§ 2. — <i>Le droit de veto du chef de famille à l'exercice par la femme d'une profession séparée</i> ...	191
A. — <i>Le droit de veto du mari</i>	194
B. — <i>Nature des pouvoirs de la femme exerçant une profession ou un commerce séparé</i> ...	206

CHAPITRE SECOND

LE CHEF DE FAMILLE ET LES POUVOIRS MENAGERS DE LA FEMME	216
---	-----

SECTION I. — L'INTERVENTION DU CHEF DE FAMILLE DANS LA DÉTERMINATION DE LA MESURE DES POUVOIRS MÉNAGERS..	217
---	-----

§ 1. — <i>Des éléments retenus par la Jurisprudence pour déterminer la mesure des pouvoirs ménagers</i>	219
§ 2. — « <i>Facultés et état du mari</i> » réels ou apparents.	225
A. — <i>Les solutions jurisprudentielles</i>	226
B. — <i>Le problème de l'apparence dans le domaine des pouvoirs ménagers de l'épouse</i>	229

SECTION II. — L'INTERVENTION DU CHEF DE FAMILLE DANS LE RETRAIT DES POUVOIRS MÉNAGERS	240
---	-----

§ 1. — <i>L'intervention du mari et la protection des tiers de bonne foi</i>	242
A. — <i>Le principe de la non-opposabilité de l'intervention du mari à l'égard des créanciers de bonne foi</i>	243
B. — <i>De la publicité du retrait des pouvoirs ménagers par le mari</i>	247
§ 2. — <i>L'intervention du mari et la protection des droits de la femme</i>	252
A. — <i>Le pouvoir du chef de famille de s'opposer à l'ouverture ou au fonctionnement du compte de ménage</i>	253
B. — <i>Le pouvoir du chef de famille de retirer ou de limiter les pouvoirs ménagers de l'épouse</i>	256

TROISIEME PARTIE

Les droits de la femme et le règlement des dettes de ménage	263.
---	------

CHAPITRE PREMIER

LE RÈGLEMENT DES DETTES DE MÉNAGE DANS LES RAPPORTS ENTRE LES CRÉANCIERS ET LES EPOUX.	268
--	-----

SECTION I. — DE L'ACTION DES CRÉANCIERS DU MÉNAGE CONTRE LE PATRIMOINE DU MARI ET LES BIENS DE LA COMMUNAUTÉ.	269
--	-----

SECTION II. — DE L'ACTION DES CRÉANCIERS DU MÉNAGE CONTRE LES BIENS RÉSERVÉS DE L'ÉPOUSE	273
--	-----

SECTION III. — DE L'ACTION DES CRÉANCIERS DU MÉNAGE CONTRE LES BIENS PERSONNELS DE L'ÉPOUSE	278
---	-----

§ 1. — <i>De l'application stricte des règles de la représentation et de la non-obligation de l'épouse aux dettes de ménage</i>	279
---	-----

§ 2. — <i>Des efforts de la Jurisprudence pour rendre la femme responsable des dettes du ménage vis-à-vis des tiers</i>	285
---	-----

A. — Obligation de la femme commune en biens.	286
---	-----

B. — Obligation de la femme séparée de biens....	293
--	-----

C. — Obligation de la femme dotale	306
--	-----

SECTION IV. — ESSAI D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE EN VUE DE CONCILIER LES INTÉRÊTS EN PRÉSENCE	312
---	-----

CHAPITRE SECOND

LE RÈGLEMENT DES DETTES DE MENAGE DANS LES RAPPORTS ENTRE LES EPOUX	322
---	-----

SECTION I. — DE LA CONTRIBUTION DES ÉPOUX AUX DETTES DE MÉNAGE	324
--	-----

§ 1. — <i>Du montant de la contribution des époux.</i>	325
--	-----

§ 2. — <i>Réalisation et sanctions de la contribution et des obligations ménagères entre époux</i> ...	332
--	-----

SECTION II. — DES RECOURS ENTRE ÉPOUX POUR DETTES DE	
MÉNAGE	336
§ 1. — <i>Les époux sont mariés sous le régime de communauté.</i>	337
A. — Acceptation de la communauté par la femme	338
B. — Renonciation à la communauté par la femme.	339
§ 2. — <i>Les époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens</i>	346
A. — Paiement des dettes de ménage à l'aide des revenus.	347
B. — Paiement des dettes de ménage à l'aide de capitaux aliénés par les époux ou saisis par les créanciers	353
§ 3. — <i>Les époux sont mariés sous un régime exclusif de communauté ou sous le régime dotal.</i>	354
CONCLUSION	361
BIBLIOGRAPHIE	369
TABLE DES MATIERES	379

